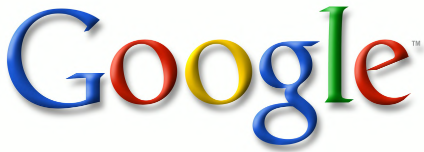


This is a digital copy of a book that was preserved for generations on library shelves before it was carefully scanned by Google as part of a project to make the world's books discoverable online.

It has survived long enough for the copyright to expire and the book to enter the public domain. A public domain book is one that was never subject to copyright or whose legal copyright term has expired. Whether a book is in the public domain may vary country to country. Public domain books are our gateways to the past, representing a wealth of history, culture and knowledge that's often difficult to discover.

Marks, notations and other marginalia present in the original volume will appear in this file - a reminder of this book's long journey from the publisher to a library and finally to you.

Usage guidelines

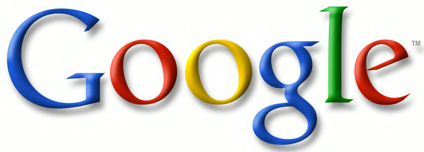
Google is proud to partner with libraries to digitize public domain materials and make them widely accessible. Public domain books belong to the public and we are merely their custodians. Nevertheless, this work is expensive, so in order to keep providing this resource, we have taken steps to prevent abuse by commercial parties, including placing technical restrictions on automated querying.

We also ask that you:

+ *Make non-commercial use of the files* We designed Google Book Search for use by individuals, and we request that you use these files for personal, non-commercial purposes.
+ *Refrain from automated querying* Do not send automated queries of any sort to Google's system: If you are conducting research on machine translation, optical character recognition or other areas where access to a large amount of text is helpful, please contact us. We encourage the use of public domain materials for these purposes and may be able to help.
+ *Maintain attribution* The Google "watermark" you see on each file is essential for informing people about this project and helping them find additional materials through Google Book Search. Please do not remove it.
+ *Keep it legal* Whatever your use, remember that you are responsible for ensuring that what you are doing is legal. Do not assume that just because we believe a book is in the public domain for users in the United States, that the work is also in the public domain for users in other countries. Whether a book is still in copyright varies from country to country, and we can't offer guidance on whether any specific use of any specific book is allowed. Please do not assume that a book's appearance in Google Book Search means it can be used in any manner anywhere in the world. Copyright infringement liability can be quite severe.

About Google Book Search

Google's mission is to organize the world's information and to make it universally accessible and useful. Google Book Search helps readers discover the world's books while helping authors and publishers reach new audiences. You can search through the full text of this book on the web at http://books.google.com/



A propos de ce livre

Ceci est une copie numérique d'un ouvrage conservé depuis des générations dans les rayonnages d'une bibliothèque avant d'être numérisé avec précaution par Google dans le cadre d'un projet visant à permettre aux internautes de découvrir l'ensemble du patrimoine littéraire mondial en ligne.

Ce livre étant relativement ancien, il n'est plus protégé par la loi sur les droits d'auteur et appartient à présent au domaine public. L'expression "appartenir au domaine public" signifie que le livre en question n'a jamais été soumis aux droits d'auteur ou que ses droits légaux sont arrivés à expiration. Les conditions requises pour qu'un livre tombe dans le domaine public peuvent varier d'un pays à l'autre. Les livres libres de droit sont autant de liens avec le passé. Ils sont les témoins de la richesse de notre histoire, de notre patrimoine culturel et de la connaissance humaine et sont trop souvent difficilement accessibles au public.

Les notes de bas de page et autres annotations en marge du texte présentes dans le volume original sont reprises dans ce fichier, comme un souvenir du long chemin parcouru par l'ouvrage depuis la maison d'édition en passant par la bibliothèque pour finalement se retrouver entre vos mains.

Consignes d'utilisation

Google est fier de travailler en partenariat avec des bibliothèques à la numérisation des ouvrages appartenant au domaine public et de les rendre ainsi accessibles à tous. Ces livres sont en effet la propriété de tous et de toutes et nous sommes tout simplement les gardiens de ce patrimoine. Il s'agit toutefois d'un projet coûteux. Par conséquent et en vue de poursuivre la diffusion de ces ressources inépuisables, nous avons pris les dispositions nécessaires afin de prévenir les éventuels abus auxquels pourraient se livrer des sites marchands tiers, notamment en instaurant des contraintes techniques relatives aux requêtes automatisées.

Nous vous demandons également de:

+ *Ne pas utiliser les fichiers à des fins commerciales* Nous avons conçu le programme Google Recherche de Livres à l'usage des particuliers. Nous vous demandons donc d'utiliser uniquement ces fichiers à des fins personnelles. Ils ne sauraient en effet être employés dans un quelconque but commercial.

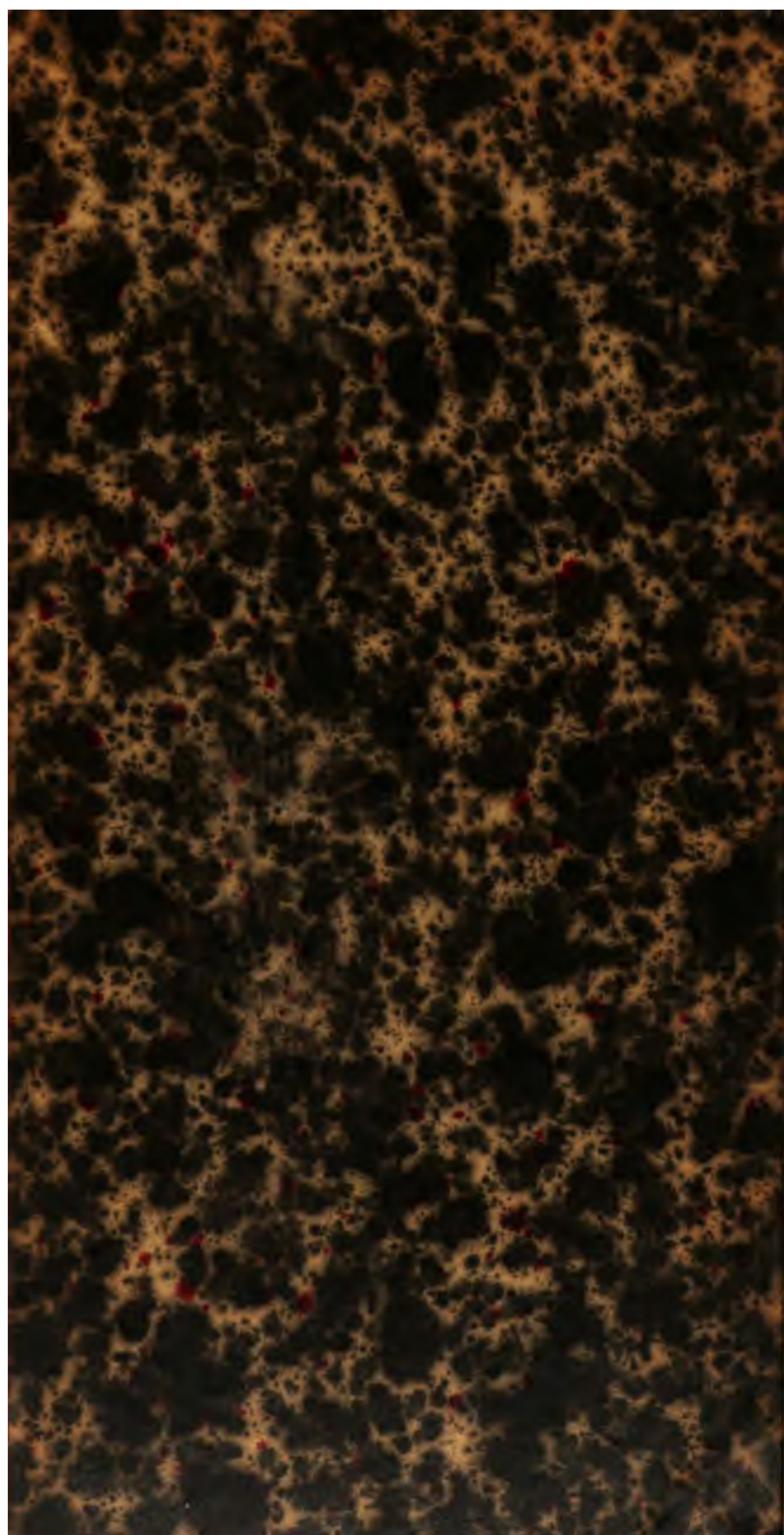
+ *Ne pas procéder à des requêtes automatisées* N'envoyez aucune requête automatisée quelle qu'elle soit au système Google. Si vous effectuez des recherches concernant les logiciels de traduction, la reconnaissance optique de caractères ou tout autre domaine nécessitant de disposer d'importantes quantités de texte, n'hésitez pas à nous contacter. Nous encourageons pour la réalisation de ce type de travaux l'utilisation des ouvrages et documents appartenant au domaine public et serions heureux de vous être utile.

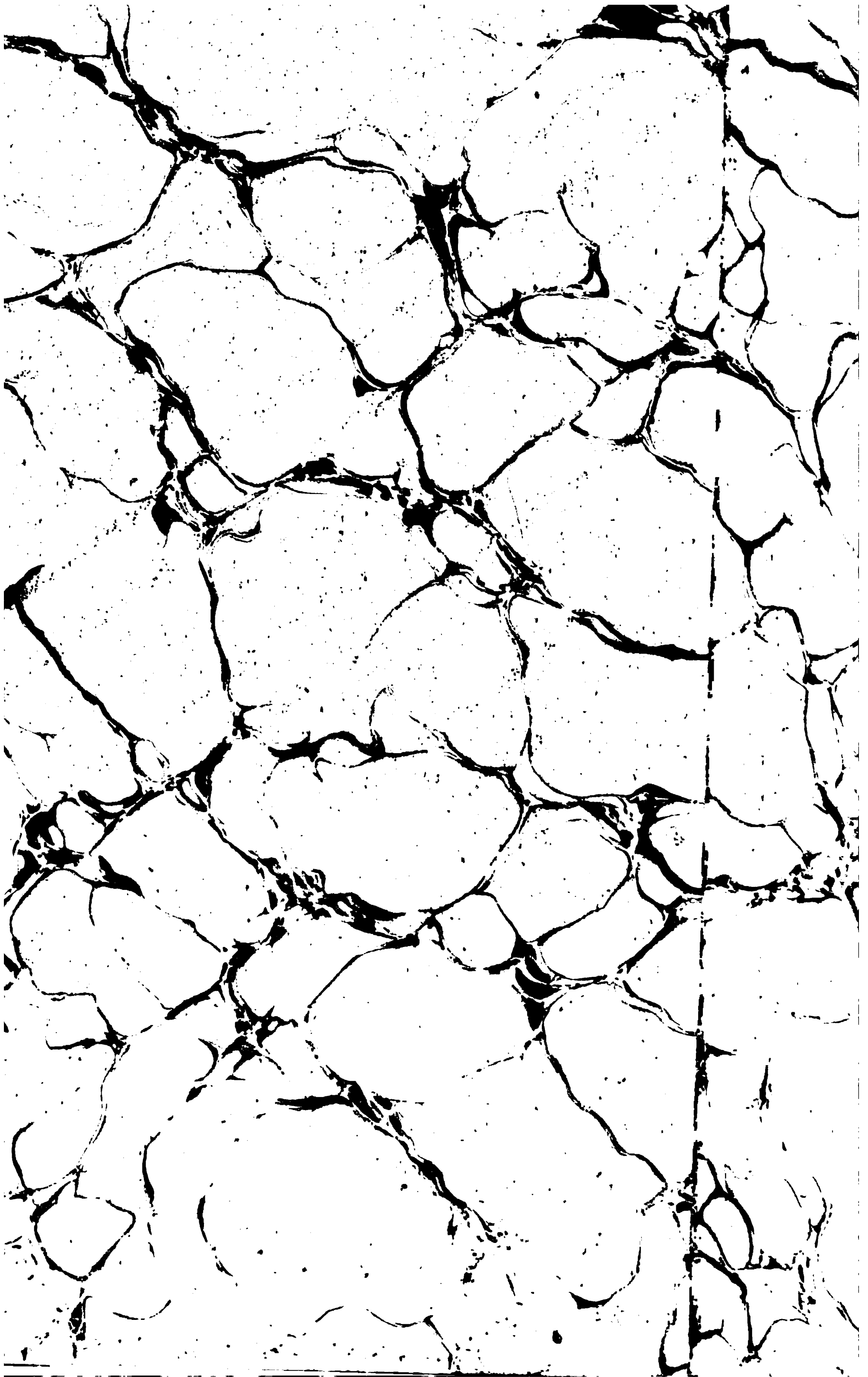
+ *Ne pas supprimer l'attribution* Le filigrane Google contenu dans chaque fichier est indispensable pour informer les internautes de notre projet et leur permettre d'accéder à davantage de documents par l'intermédiaire du Programme Google Recherche de Livres. Ne le supprimez en aucun cas.

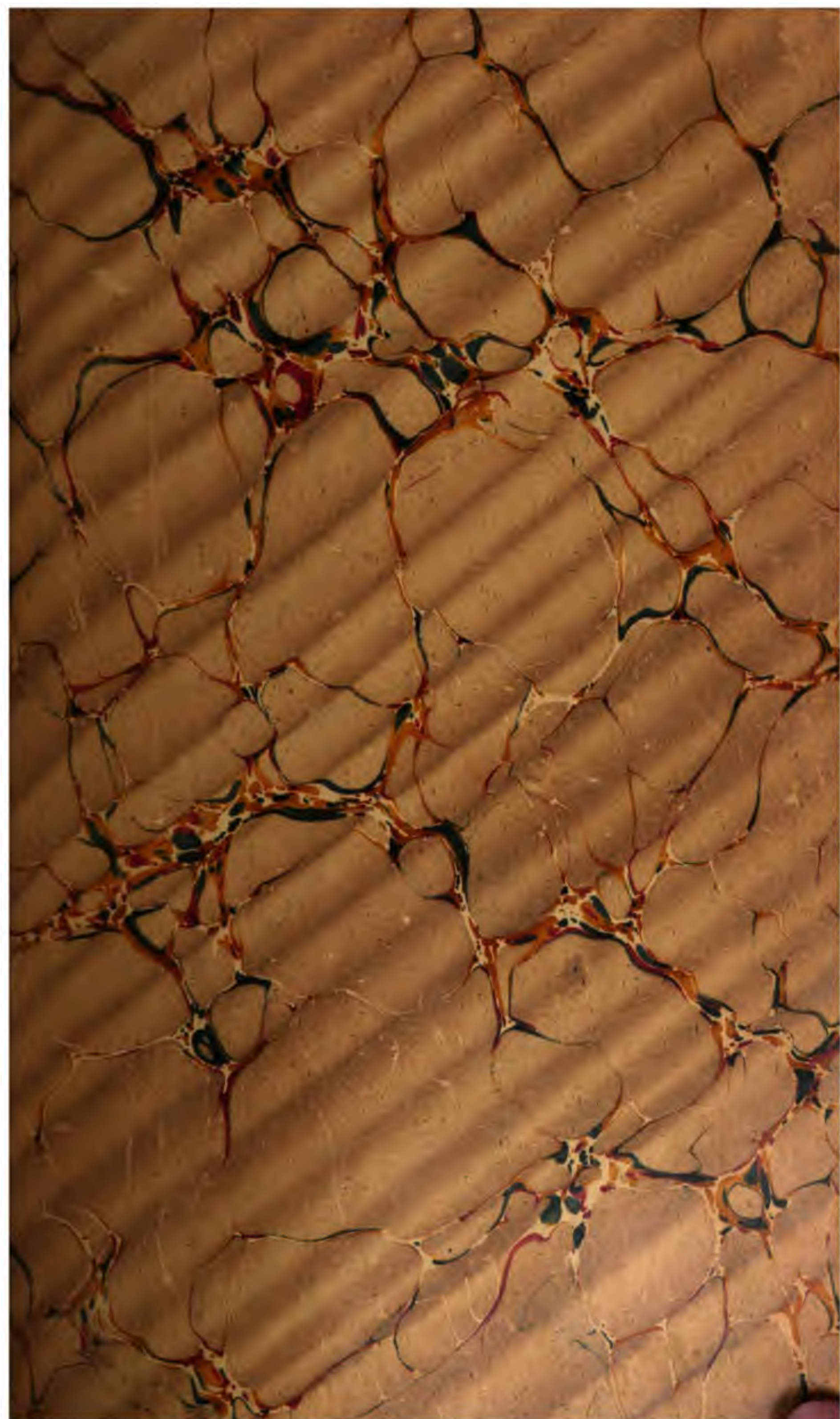
+ *Rester dans la légalité* Quelle que soit l'utilisation que vous comptez faire des fichiers, n'oubliez pas qu'il est de votre responsabilité de veiller à respecter la loi. Si un ouvrage appartient au domaine public américain, n'en déduisez pas pour autant qu'il en va de même dans les autres pays. La durée légale des droits d'auteur d'un livre varie d'un pays à l'autre. Nous ne sommes donc pas en mesure de répertorier les ouvrages dont l'utilisation est autorisée et ceux dont elle ne l'est pas. Ne croyez pas que le simple fait d'afficher un livre sur Google Recherche de Livres signifie que celui-ci peut être utilisé de quelque façon que ce soit dans le monde entier. La condamnation à laquelle vous vous exposeriez en cas de violation des droits d'auteur peut être sévère.

À propos du service Google Recherche de Livres

En favorisant la recherche et l'accès à un nombre croissant de livres disponibles dans de nombreuses langues, dont le français, Google souhaite contribuer à promouvoir la diversité culturelle grâce à Google Recherche de Livres. En effet, le Programme Google Recherche de Livres permet aux internautes de découvrir le patrimoine littéraire mondial, tout en aidant les auteurs et les éditeurs à élargir leur public. Vous pouvez effectuer des recherches en ligne dans le texte intégral de cet ouvrage à l'adresse `http://books.google.com`







FB
AF1
EId
v.3

BIBLIOTHÈQUE INTERNATIONALE & DIPLOMATIQUE

XXV

LE

DROIT INTERNATIONAL

PRIVÉ

III

BIBLIOTHÈQUE INTERNATIONALE & DIPLOMATIQUE

XXV

LE

DROIT INTERNATIONAL

PRIVÉ

III

LE

DROIT INTERNATIONAL PRIVÉ

OU

PRINCIPES POUR RÉSOUDRE LES CONFLITS ENTRE LES LOIS

CIVILES, COMMERCIALES, JUDICIAIRES, PÉNALES

DES DIFFÉRENTS ÉTATS

Par **PASQUALE FIORE**

Professeur de droit des gens à l'Université de Naples

Membre de l'Institut de Droit international

TRADUIT

De la QUATRIÈME ÉDITION ITALIENNE (1902) et annoté

Par CHARLES ANTOINE

Docteur en droit

Conseiller à la Cour d'appel de Douai

LOIS CIVILES

TOME III

PARIS

A. PEDONE, ÉDITEUR

LIBRAIRE DE LA COUR D'APPEL ET DE L'ORDRE DES AVOCATS

13, Rue Soufflot, 13

1907

94223

LE

DROIT INTERNATIONAL PRIVÉ

LIVRE QUATRIÈME

DROITS QUI DÉRIVENT D'UNE OBLIGATION.

992. Notions générales. — 993. Division de la matière.

992. — Nous avons exposé dans la partie générale les principes fondamentaux relatifs aux droits qui peuvent dériver des obligations. Nous ne nous sommes pas occupé uniquement des obligations qui dérivent principalement de la loi et qui correspondent aux droits personnels et aux autres droits qui ont leur base dans les rapports de famille. Nous avons, en outre, examiné d'une façon spéciale les obligations qui peuvent résulter des conventions légalement conclues et celles qui peuvent naître du quasi-contrat, du délit et du quasi-délit.

Toutefois, nous y avons uniquement exposé les principes généraux qui concernent les obligations elles-mêmes et qui peuvent servir à déterminer le rapport entre le fait juridique dont elles sont dérivées, et la loi à laquelle le fait lui-même doit être réputé soumis. Nous y avons ainsi précisé l'étendue du domaine, dans lequel chaque loi doit exercer son autorité pour régler l'existence et la validité juridique de l'obligation, ainsi que l'accomplissement de la prestation et toutes les conséquences juridiques qui peuvent dériver du fait, en vertu duquel une ou plusieurs personnes doivent être

considérées comme obligées envers une autre ou plusieurs autres à donner, à faire ou à ne pas faire quelque chose.

Maintenant, nous allons examiner comment les principes généraux doivent être appliqués, pour résoudre les controverses auxquelles peut donner naissance chaque convention spéciale, et pour déterminer la loi à laquelle doivent être réputés soumis les rapports spéciaux, qui peuvent dériver de chacune de ces conventions.

Tout contrat ne peut en réalité être considéré comme tel, que lorsqu'il réunit tous les éléments substantiels nécessaires pour être réputé juridiquement existant et valide. En d'autres termes, il doit être un fait juridique d'après la loi, et il doit avoir la force juridique à laquelle il vise, c'est-à-dire réunir toutes les conditions légales requises pour que la personne à laquelle appartient le droit puisse exiger valablement de la personne obligée, la réalisation de l'acte qu'elle a promis d'accomplir, avec la faculté de pouvoir l'y contraindre judiciairement.

Il faut aussi considérer qu'il n'y a pas identité parfaite entre les conditions qui, d'après les différentes législations, sont indispensables pour l'existence de chaque contrat, et qui doivent être considérées comme nécessaires pour lui attribuer la force juridique. Aussi doit-on regarder chaque contrat spécial comme un organisme juridique à part, afin de pouvoir examiner en particulier comment les principes généraux, qui peuvent servir à établir l'autorité de chaque loi à l'égard des obligations conventionnelles, doivent être appliqués pour déterminer cette autorité à l'égard de chaque convention, en tenant compte de ses caractères légaux et des conditions requises pour son existence juridique comme telle, pour sa valeur juridique, et pour toutes les conséquences légales qui en peuvent dériver, tant pour les parties que pour les tiers.

993. — C'est cet examen spécial que nous nous proposons de faire dans ce livre. Etant admis ce que nous avons déjà dit dans la partie générale à l'égard de la loi qui doit régir les

obligations conventionnelles, et ce que nous avons écrit dans les livres précédents sur la condition juridique et la capacité des personnes, et sur la condition des choses qui peuvent être l'objet des droits, nous chercherons à déterminer la loi régulatrice des rapports et des conséquences juridiques pouvant résulter de chaque convention.

Nous examinerons donc les différents contrats nommés d'après la division qui en a été faite dans les différents codes et d'après l'ordre suivant lequel ils peuvent être classifiés, en les distinguant en synallagmatiques ou bilatéraux parfaits ou imparfaits: unilatéraux: de garantie. Finalement, nous appliquerons les principes généraux aux rapports obligatoires qui peuvent naître sans convention, c'est-à-dire par l'effet des quasi-contrats, des délits et des quasi-délits.

Outre les contrats à titre onéreux, il y a ceux à titre gratuit ou de bienfaisance, par lesquels on peut accorder quelque avantage à une ou à plusieurs personnes, non pas en considération d'une prestation, à laquelle chacune de ces personnes est obligée, mais indépendamment de cela.

Si nous avions voulu nous occuper principalement de cette matière, et considérer que la donation présente le caractère de rapport contracté à titre gratuit, nous aurions également exposé dans ce livre les principes qui la concernent, en tant qu'acte entre vifs, par lequel une personne peut disposer de ses biens au profit d'une autre personne, dans l'unique but de lui faire ainsi un acte de libéralité. Toutefois, comme la donation a beaucoup d'affinités non seulement avec les rapports contractuels, mais encore avec ceux dérivant de la succession, et que de nombreuses règles ne pourraient pas trouver leur complet développement indépendamment de celles qui concernent les droits successifs, nous avons cru préférable de traiter en dernier lieu de la donation. Cela nous permettra de rappeler pour les appliquer, tant les principes qui la concernent en vertu de son caractère contractuel, que ceux qui concernent le droit successif, avec lequel elle a aussi de nombreuses ressemblances.

Nous nous bornerons par conséquent, dans ce livre, à traiter uniquement des contrats et des obligations conventionnelles.

Nous nous occuperons d'abord du contrat de mariage. Il a été considéré par certains auteurs, ainsi qu'il l'est en réalité, comme une partie intégrante des rapports et des droits de famille. Nous avons néanmoins cru pouvoir l'étudier dans ce livre, sans méconnaître, qu'en raison de sa nature spéciale et de son objet particulier, il a été avec raison envisagé comme strictement connexe au droit de famille.

CHAPITRE PREMIER

DU CONTRAT DE MARIAGE.

994. Idée de contrat de mariage. — 995. Comment le régime des biens des époux intéresse-t-il le droit social. — 996. Les rapports personnels et les rapports patrimoniaux des époux doivent être régis par une même loi. — 997. Controverses auxquelles peut donner naissance le contrat de mariage passé à l'étranger.

994. — Le contrat de mariage est bien distinct du mariage. Ce dernier acte a pour objet l'union de deux personnes, qui entendent fonder la société conjugale : il est également un contrat en raison du consentement mutuel des époux, qui conviennent, devant l'officier compétent, de se prendre pour mari et femme. Le contrat de mariage proprement dit, en d'autres termes les conventions matrimoniales, a pour objet de règler la société conjugale en ce qui concerne les biens, et de déterminer les droits attribués à l'un et à l'autre des époux, et dont ils peuvent jouir respectivement à l'égard de leur patrimoine durant l'association conjugale et après sa dissolution.

Le mariage, qui a pour objet l'union de deux personnes dans la société conjugale, et les conventions matrimoniales, qui ont pour but de régler les droits et les intérêts patrimoniaux des époux dans cette même société, ont en réalité chacun une nature propre, un objet spécial, et des règles particulières. Toutefois, les affinités entre les rapports personnels et les rapports patrimoniaux des époux dans la famille sont si étroites, qu'on ne saurait considérer les uns

indépendamment des autres, ni les faire régir par des systèmes législatifs différents.

En effet le mariage, en tant qu'il crée la famille, fait naître des droits et des intérêts qui embrassent le présent et l'avenir. Il impose aux parents des devoirs envers leurs descendants, et pour en rendre possible l'accomplissement, il est indispensable que le législateur pourvoie à la conservation, à l'administration et à la transmission du patrimoine de la famille, en limitant, quand il le faut, la liberté des parties, pour assurer et protéger les intérêts des enfants.

995. — Il est clair que l'organisation de la famille doit intéresser au suprême degré chaque souveraineté à tous les points de vue : tant en ce qui concerne les rapports personnels de ses membres, qu'en ce qui a trait aux droits de ceux-ci sur le patrimoine. Etant en effet donné que le patrimoine des époux doit servir à subvenir aux besoins de la famille et que celle-ci n'est pas un fait transitoire, mais fixe et permanent, qui embrasse le présent et l'avenir, on comprend que la prospérité de la fortune des époux, la conservation du patrimoine et en général le régime des biens doivent être mis en harmonie avec l'idée juridique qui préside à l'établissement de la famille. Par conséquent, le législateur, à qui on doit reconnaître le pouvoir de régler la société conjugale, doit aussi régler tous les rapports et tous les intérêts moraux et matériels de la famille, et en assurer, par un système législatif uniforme, le présent et l'avenir, de façon à protéger les intérêts privés et les intérêts publics. La famille et l'organisation de tout ce qui la concerne doivent être mis au nombre des objets les plus essentiels de la vie de chaque État.

Ceci posé, il est facile de comprendre que les intérêts patrimoniaux régis par les conventions matrimoniales sont les plus graves qui puissent dépendre du pouvoir conventionnel des personnes. Platon a dit avec raison que, « pour qu'une répu-

« blique soit bien ordonnée, les principales lois doivent être « celles qui règlent le mariage ».[1] Nous comprenons cette sage doctrine dans le sens le plus large, de façon qu'elle peut s'appliquer à la société conjugale à tous les points de vue, même en ce qui concerne le régime des biens. On ne saurait, en effet, méconnaître que ce régime a été réglé de telle ou telle manière, suivant les nécessités sociales, et suivant la condition juridique et le degré de culture de la femme, choses qui ont motivé sa plus ou moins grande soumission à son mari. Il est également certain, qu'en cette matière, le législateur s'est efforcé d'assurer le crédit de la famille et celui des tiers, les intérêts des tiers et les autres intérêts complexes, qui, aux différentes époques, eu égard aux coutumes, à l'usage, aux institutions sociales, à la condition juridique des personnes et aux besoins de l'économie domestique, ont pu faire préférer un régime de biens donné à un autre.

Si nous pouvions nous étendre en des digressions historiques, nous pourrions démontrer jusqu'à l'évidence la stricte connexité entre les principes qui ont gouverné l'établissement de la famille et ceux qui ont régi les rapports patrimoniaux des époux, en harmonie avec les idées législatives qui ont toujours présidé aux diverses époques à l'organisation de la famille elle-même. Il suffirait de suivre le développement de l'institution de la dot en droit romain, et de le comparer à celui de la communauté et de la séparation de biens, et à celui du régime consacré par le droit anglais, où on refusait à la femme toute faculté d'acquérir pour elle-même, pour avoir la ferme conviction, que si l'un ou l'autre système a prévalu dans certaines régions, cela a dépendu des mêmes graves raisons politiques, historiques, économiques et morales, qui ont présidé à l'organisation de la famille.[2]

[1] Platon, *Traité des Lois*.

[2] L'institution de la *manus*, qui faisait passer la femme sous la puissance du mari et qui attribuait à ce dernier un droit absolu sur la

996. — Ceci posé, il nous semble qu'à part la question fondamentale de l'autorité du statut de famille suivant les divers systèmes admis tant par les auteurs que par la jurisprudence, c'est-à-dire la question de savoir si les rapports de famille doivent être régis, soit par la loi de l'État dont le mari est citoyen, soit par celle du pays du domicile des époux, soit par celle du lieu de la célébration du mariage, il est absolument indispensable de ne pas faire de distinction entre les rapports personnels et les rapports patrimoniaux des époux, et par conséquent de ne pas admettre que les uns soient soumis à l'autorité d'une loi donnée, et les autres soustraits complètement à l'empire de cette même loi. En effet, les uns et les autres rapports dont s'agit, étant strictement connexes avec les principes qui doivent régir l'établissement de la famille, aussi bien que tous les rapports qui résultent à tous les points de vue de la communauté d'existence des époux, ne peuvent pas être régis par une loi distincte, sans que par là-même soit détruite l'unité de la conception légale, qui doit présider à l'établissement de la famille elle-même. Toutefois notre opinion à ce sujet a besoin d'être précisée et mise en lumière. C'est ce que nous allons

personne et sur les biens de son épouse, dériva de l'idée fondamentale de la famille romaine, suivant laquelle le chef de la famille avait un pouvoir absolu sur les personnes qui la composaient. Ce fut en vertu de cette même conception, que la constitution de la dot fut d'abord considérée comme une aliénation en faveur du mari, qui pouvait en disposer en maître absolu. Lorsque le divorce fut introduit à Rome, et que la corruption des mœurs le rendit fréquent, il fut nécessaire de pourvoir à la restitution de la dot à la femme divorcée, pour lui permettre de se remarier. De là dérivèrent la *cautio rei uxeriae* et les transformations de l'institution de la dot.

Le régime de la communauté universelle prévalut dans les pays, où la famille fut organisée d'après les traditions et les coutumes des Germains. (Compar. Gide, *Etude sur la condition privée de la femme*, et d'Olivecrona, *Origine et développement de la communauté de biens entre époux*, *Revue historique*, T. XI, p. 292.

Le système qui a prévalu en Angleterre trouve son explication dans l'organisation de la famille et de la propriété par Guillaume le Conquérant, qui visa à établir solidement l'aristocratie féodale.

tâcher de faire, en exposant les théories des auteurs et les règles admises par la jurisprudence, et en développant notre propre théorie.

997.— Quand le contrat de mariage est passé à l'étranger, il peut surgir diverses questions, notamment en ce qui concerne les conditions requises pour sa validité, les effets qu'il peut produire, les modifications qu'on voudrait y apporter ou qui peuvent résulter du changement de domicile ou de nationalité des époux durant le mariage, et les formalités requises pour la stipulation des conventions. Une autre source de graves controverses, c'est la détermination de la loi à appliquer pour régler les droits des époux sur leurs biens dans le cas où ils ont omis de passer un contrat de mariage. Nous traiterons ces questions dans autant de paragraphes séparés.

---

§ I.

Conditions substantielles requises pour la validité des conventions matrimoniales.

998. Importance que peut avoir l'autonomie des contractants. — 999. Doctrine de Laurent. — 1000. Théorie des juristes du moyen âge. — 1001 Notre opinion. — 1002. Les rapports patrimoniaux des époux doivent être régis par la loi de l'Etat dont le mari est citoyen. — 1003. Théorie qui attribue cette autorité à la loi du domicile. — 1004. Solution de la question d'après la jurisprudence française. — 1005. Comment la question a été résolue en Suisse. — 1006. Observations critiques sur le système d'après lequel on admet la prépondérance de la loi du domicile. — 1007. Comment il est de toute façon indispensable d'établir un système législatif unique. — 1008. Cas dans lesquels le domicile conjugal peut être considéré comme décisif. — 1009. De la valeur de l'intention des parties. — 1010. Théorie des tribunaux français en cette matière. — 1011. Conséquences de la doctrine admise par la jurisprudence.

998. — Pour ce qui concerne les conditions substantielles requises par la loi pour la validité du contrat de mariage, la question fondamentale, d'après nous, consiste à déterminer la part plus ou moins large à faire à l'autonomie des contractants.

On admet généralement, qu'en matière de rapports contractuels, la volonté des parties tient lieu entre elles de loi et doit être réputée souveraine, non seulement quand elles se sont manifestement mises d'accord pour constituer, régler ou dénouer un lien juridique, mais encore quand leur intention, ne s'étant pas manifestée expressément, peut résulter par voie de présomption, de ce qu'elles ont conclu un contrat juridique ou ont accompli un fait juridique.

Alors leur consentement tacite doit tenir également lieu entre elles de loi et on doit admettre que tout en cette matière résulte du contrat juridique et des circonstances. Si cette

règle, consacrée dans toutes les législations, devait prévaloir pour déterminer les rapports contractuels, qui peuvent dériver de la société conjugale, pour la solution de toute controverse relative aux droits des époux sur leurs biens respectifs, tout devrait dépendre de leur volonté expresse manifestée par la convention passée entre eux, ou de leur volonté présumée. Cette volonté présumée devrait être déterminée tant par la loi, à laquelle ils se seraient volontairement soumis, que par les circonstances, dont résulterait leur intention.

999. — Telle est l'opinion de certains auteurs et notamment de Laurent.[1] Il soutient en effet, que le régime matrimonial doit dépendre entièrement de la volonté des époux. « En cette matière, dit-il, les contractants sont législateurs, ils jouissent d'une autonomie complète :[2] la souveraineté est hors de cause, puisqu'elle déclare elle-même, « par l'organe de la loi qui régit les biens des époux, que « ceux-ci sont libres de faire tout ce qu'ils veulent, de déroger « à la loi, de vouloir le contraire de ce que dit la loi; les « contractants sont souverains et c'est la loi qui les déclare « souverains.[3] »

De là cet auteur conclut, que le régime matrimonial ne saurait dépendre du statut personnel, c'est-à-dire d'une loi étrangère, mais de la volonté des parties. De plus, il soutient que les lois prohibitives, qui interdisent un régime donné des biens, tel que la communauté parfaite, ne peuvent avoir aucun effet, lorsque le mariage est conclu à l'étranger et que les conjoints font des stipulations contraires à ces lois, parce qu'en cette matière, tout dépend de la volonté des parties.[4]

[1] *Droit civil international*, T. V, § 185, p. 389; § 201, p. 431; § 208, p. 445; § 209, p. 446.

[2] *Loc. cit.*, p. 390-391.

[3] *Id.*, p. 391.

[4] *Id.*, p. 446.

1000. — Les auteurs du moyen âge avaient envisagé la question à un autre point de vue, celui du statut réel et du statut personnel, et ils s'étaient divisés en deux écoles. Les uns suivaient la doctrine de Dumoulin, d'après laquelle les droits patrimoniaux des époux étaient régis par le statut personnel, statut qui, suivant cet auteur, devait être déterminé eu égard au domicile conjugal.

Dans cette doctrine, le statut personnel s'étendait même aux biens soumis à l'empire de statuts différents, quand les conjoints avaient passé les conventions matrimoniales au domicile matrimonial. Il en était de même, quand ils n'avaient pas fait de contrat, parce qu'on devait présumer qu'ils s'en étaient référés tacitement à ce même statut, conformément à la maxime « *In contractibus tacite veniunt ea, quæ sunt* « *moris et consuetudinis* ».[1]

Les autres auteurs avaient adopté l'opinion de d'Argentré, qui soutenait que le régime légal des biens devait dépendre de la loi territoriale, parce que chaque coutume devait être réputée souveraine sur le territoire soumis à son empire, et que par conséquent, on ne pouvait pas appliquer aux biens existant sur un territoire le régime légal établi en vertu de la coutume d'un autre pays.[2]

Il est facile de comprendre, que la controverse devait avoir une importance toute spéciale à cette époque, où les coutumes étaient complètement distinctes de province à province, et que la solution des questions suivant l'un ou l'autre des deux systèmes devait avoir des conséquences bien différentes. Aussi, la discussion entre les partisans de ces deux doctrines devint si vive et dura si longtemps, qu'encore aujourd'hui

[1] *Comm. ad Cod.* lib. I, tit. I, *Opera*, T. III, p. 555, édit. 1681. *Quia per prædicta inest tacitum pactum, quod maritus lucrabitur dotem conventam, in casu, et pro proportione statuti illius domicilii; quod præ reditur et intelligitur, et istud tacitum pactum, nisi conventum fuerit, intrat in actionem ex stipulatu rei uxoriæ, et illam informat. Itaque semper remanet forma ab initio impressa.*

[2] *In Briton. leg., De Donati.*, art. 218, *gloss.* 6, n° 33, T. I. p. 656.

elle est connue sous la dénomination de *famosissima quæstio*. On vit y prendre part les plus éminents jurisconsultes et notamment Huber, Froland, de Boullenois, Bouhier, Voët, Hertius, Vander Müller.[1]

1001. — Nous ne pouvons pas suivre les auteurs du moyen âge dans la discussion de cette question à leur point de vue. Nous nous trouvons à ce sujet d'accord avec Laurent, qui dit avec raison qu'on ne peut pas la résoudre d'après les principes relatifs à l'autorité des statuts dans le sens traditionnel. Etant donné notre façon toute différente d'envisager la matière de la limite de l'autorité de chaque loi à l'égard des personnes, des biens et des rapports juridiques concernant tant les personnes que les biens, il nous serait en effet tout à fait inutile de suivre les anciens juristes sur le terrain où ils se sont placés. Nous noterons toutefois, que dans leurs traités, on trouve beaucoup de principes rationnels et exacts pouvant servir à résoudre les controverses même dans le droit moderne, et que tout en réalité se réduit à substituer aux théories du moyen-âge celles plus exactes que la science moderne a su formuler, pour déterminer à l'aide de principes plus juridiques le champ de l'autorité de chaque loi. Laissant de côté les systèmes, et envisageant uniquement la substance des choses, voici ce que nous constatons sur cette question qui a divisé en deux écoles les jurisconsultes du moyen âge. D'une part, les uns ont voulu soumettre tous les rapports de famille, y compris ceux relatifs aux biens, à un statut unique, à celui du domicile conjugal. Ils ont soutenu que l'autorité de ce statut devait avoir une autorité

[1] Compar. P. Voët. *De stat.* secti. IX, cap. IX, n° 5 ; J. Voët, *Ad Paud*, tit. *De ritu nuptiarum*, n° 85 ; de Boullenois, *De la personnalité et de la réalité des lois*, T. I, p. 750 ; Froland, *Mémoires sur les statuts*, T. I, p. 11 à 111 ; Bouhier, *Observ. sur la coutume du Duché de Bourgogne*, ch. IX, n° 19 ; Renusson, *Traité sur la communauté des biens*, 1re partie, ch. IV, § 15 et suiv. ; Huberus, *De conflictu legum*, lib. I, tit. III, § 2 ; Burge, *On Colonial Law*, 1re partie, ch. VII, § 8 ; Henry, *On foreign Law*, 48, 49 ; Story, *Conflict of Law*, § 184 ; Kent, *Comment. Lect.*, 39.

ex-territoriale même sur les biens soumis à l'empire de statuts différents, de façon à établir ainsi l'unité du régime patrimonial des époux; et, logiques dans leur doctrine, ils ont admis l'immutabilité des conventions matrimoniales, nonobstant le changement du domicile conjugal durant le mariage. D'autre part, les autres, prenant pour point de départ l'idée de la territorialité de toute loi réglant les droits sur les immeubles, ont tout fait dépendre de la circonstance que les choses appartenant aux époux se trouvaient sous l'empire de tel ou tel statut, et ont conclu de là que l'autorité du statut personnel devait être subordonnée à celle du statut réel, en considération de la situation des choses et de leur nature mobilière ou immobilière.[1]

Etant donné leur système, les anciens juristes furent logiques. Ceux qui avaient soutenu que la loi qui admet ou prohibe la communauté légale est une loi territoriale, furent en effet conséquents avec eux-mêmes quand, comme Froland,[2] de Boullenois[3] et Rodenburg[4], ils écrivirent que les droits des époux à l'égard de la communauté des acquêts devaient être régis par la *lex rei sitæ,* et qu'il fallait distinguer entre les meubles et les immeubles, et admettre que seuls les acquêts mobiliers pouvaient être régis par la loi du domicile des parties.[5] Les partisans de l'autre doctrine furent également logiques, quand, après avoir admis le statut du domicile conjugal des époux comme la loi des rapports de famille, ils en reconnurent l'autorité à l'égard des biens, en quelque lieu qu'ils fussent situés, sans distinguer entre les meubles et les immeubles, dans le but de maintenir l'unité de l'administration des biens dans la famille. Telle était l'opinion de Dumoulin, qui s'exprimait ainsi à ce sujet: « *Non solum inspi-*

[1] Le statut personnel cède en cette occasion au statut réel de la situation, dit de Boullenois, *Observat.* 29, p. 736.

[2] *Mémoires,* I, p. 315-341.

[3] *Observat.* 29, p. 758-759.

[4] *De diversit. stat.,* tit. II, op. 5, § 12 à 15.

[5] Voir *Froland, loc. cit.*

« *ciatur statutum vel consuetudo primi illius domicilii pro bonis*
« *sub illo sitis, sed locum habebit* UBIQUE, *etiam* EXTRA FINES *et*
« *territoritorium dicti statuti, etiam interim correpti*; *et hoc*
« *indistincte, sive bona dotalia sint mobilia sive immobilia,*
« *ubicumque sita. sive nomina. Ratio punctualis specifica pro-*
« *cedat in vim taciti pacti ad formum statuti*; *veluti, quod*
« *tacitum pactum pro expresso habetur.* »[1]

Nous trouvons certains des auteurs modernes moins conséquents avec eux-mêmes que ces juristes du moyen âge. En effet, tout en soutenant, qu'à l'égard de la fondation de la famille, on ne saurait admettre l'autonomie complète des époux, ils enseignent qu'on peut l'admettre, en ce qui concerne la faculté de régler à leur gré le régime des biens, de se soumettre librement à telle ou telle loi, et de faire valoir leur intention présumée pour déterminer le régime légal, qu'on doit considérer comme établi entre eux en l'absence de convention expresse.[2]

Quant à nous, nous pensons que le mariage, aussi bien pour ce qui est des rapports personnels, que pour ce qui concerne des rapports patrimoniaux des époux, doit être régi par une même et unique loi, et que par conséquent on ne saurait admettre la liberté complète et l'autonomie absolue des conjoints pour régler le régime de leurs biens, mais seulement leur liberté dans les limites fixées par la loi qui doit régir le mariage (que cette loi soit la loi nationale du mari, ou bien celle du domicile conjugal).

Nous sommes aussi d'avis que la souveraineté, qui exerce

[1] Dumoulin, *op. cit.*, T. III, p. 555, édit. 1681.

[2] Voir Laurent, T. V, cit., et compar. Duranton, *Mariage*, n° 87 ; Merlin, *Ripert.*, *Commun. de biens*, § 1, art, 3 ; Foelix, *Droit internat. privé*, n° 90 ; Demangeat, *Condit. des étrangers*, p. 377 ; Rocco, *Diritto civile internazionale*, 3e partie, Ch. XXI et XXII ; Massé, *Dr. commercial*, n° 548, p. 446 (2e édit.) ; Deglin, *Etude sur le contrat de mariage* ; Westlake, *Private international Law*, § 200-227 ; Wharton, *Conflicts of Laws*, § 192 ; Field, *International Code*, § 575. Voir pour la doctrine admise en Allemagne, Schaeffner, *Entwickelung des internationalen privatrechts*, § 106 et suiv. ; Bar, *Das international private und strafrecht*, § 98.

son empire sur le territoire où sont situés des biens des époux, ne peut pas en principe être intéressée à appliquer ses prescriptions impératives pour déterminer les droits patrimoniaux des conjoints étrangers.

L'application de la loi territoriale ne saurait se justifier qu'en certains cas exceptionnels, en vertu des principes généraux, d'après lesquels les droits basés à un titre quelconque sur une loi étrangère peuvent, à l'égard des biens existant dans chaque pays, être soumis à l'empire du droit territorial, non en considération de leur situation, mais seulement en raison de la nécessité absolue de protéger le droit social et celui des tiers, qui ont acquis des droits sur les choses sous la garantie de la *lex rei sitæ*.

Ainsi, nous admettons que la volonté des époux peut être réputée libre, autonome et souveraine pour régler leurs droits patrimoniaux respectifs; mais seulement en tant que la loi, qui doit être réputée présider à la création de la famille, leur accorde la faculté d'agir à leur gré. De plus, nous pensons que la loi territoriale ne saurait limiter l'effet des conventions matrimoniales à l'égard des biens situés sur le territoire où elle exerce son empire, que lorsque cela est requis par des raisons d'ordre public ou de protection des droits acquis par les tiers.

1002. — Maintenant, nous allons avant tout, examiner quelle doit être la loi régulatrice des rapports matrimoniaux, et exposer ensuite les principes d'après lesquels doivent être résolues les controverses spéciales, qui peuvent surgir relativement au régime des biens.

Dans notre système, il ne peut y avoir aucune hésitation quant à la loi régulatrice des rapports de famille.

On doit admettre en effet, que l'organisation de la famille doit être considérée comme d'un intérêt capital pour la souveraineté de chaque Etat, et que les lois promulguées par cette même souveraineté, en ce qui concerne l'établissement de la

famille et les rapports des membres de la famille entre eux et avec leur patrimoine, doivent être considérées comme faites principalement pour les citoyens de l'Etat, et nullement pour les étrangers. Par conséquent, il est clair que la loi de l'Etat, dont le mari est citoyen et dont deviennent aussi citoyens la femme et les enfants, doit régir tous les droits des époux, même ceux relatifs au patrimoine. Donc, en quelque lieu que les époux contractent mariage, qu'ils fassent ou non un contrat relatif à leurs biens, comme par suite de leur qualité de citoyens d'un Etat donné, ils doivent toujours être réputés soumis à la loi de leur patrie, l'autorité de cette loi doit s'étendre au régime conventionnel et légal de leurs biens.

Les raisons sur lesquelles nous basons notre opinion sont celles que nous avons déjà exposées dans la partie générale, pour démontrer qu'il est plus raisonnable que la condition civile des personnes soit régie partout par la loi de l'Etat dont chacun est citoyen,[1] et que cette même loi doit servir à régler tous les rapports de famille qui résultent du mariage.[2]

Ayant démontré que le régime des biens pour tout ce qui en concerne la substance est strictement connexe au système législatif qui doit régir l'organisation de la famille,[3] il est clair que pour être logique, nous devons soutenir que le contrat de mariage, pour ce qui est de la substance de cet acte, doit être régi par la même loi, c'est-à-dire par celle du pays dont le mari, chef de la famille, est citoyen. En effet, la femme devant suivre la condition du mari et les enfants naissant citoyens de la patrie du père, les dispositions légales de ce pays qui limitent la liberté des époux à l'égard des conventions matrimoniales doivent être obligatoires en quelque lieu que le mariage ait été célébré.

[1] Voir *Partie générale*, T. I, § 53 et suiv.
[2] Voir *id.*, § 69 et 71.
[3] Voir *supra*, T. II, § 630.

1003. — Néanmoins certains auteurs attribuent cette autorité à la loi du domicile, et cette théorie a été consacrée par la jurisprudence de différents pays.

D'après la jurisprudence anglaise, l'état civil de chaque personne est déterminé par le domicile, c'est-à-dire par le lieu où elle a établi sa demeure véritable et permanente, et où elle a l'intention de retourner chaque fois qu'elle s'en éloigne. Par conséquent, les controverses relatives à la condition civile de chaque personne, et principalement celle relative au mariage, en tant qu'il établit la condition personnelle des époux et les droits patrimoniaux respectifs qui en résultent, sont résolues d'après la loi du domicile. Les motifs de cette règle ont été ainsi formulés par lord Westbury, en statuant dans l'affaire Udny : « La loi anglaise reconnaît à « l'égard de chaque personne depuis le moment de sa nais- « sance deux conditions légales ou statuts différents. En vertu « de l'un, quelqu'un devient citoyen d'un pays donné et se « trouve lié en vertu du lien de *l'allégeance* naturelle. C'est là « le statut politique. En vertu du second, il acquiert la « jouissance de certains droits civils et demeure astreint à « l'accomplissement de certaines obligations. C'est là le statut « civil, qui peut être différent du premier. En effet, le statut « politique doit dépendre de la loi politique, qui régit chaque « pays; mais le statut civil doit être régi partout par un seul « principe, par celui du domicile, parce que le domicile est « le principe d'après lequel doit être établi le rapport entre « la personne et la loi civile ».

Il est incontestable que la qualité de citoyen et le domicile sont deux rapports bien distincts. Bien distincte aussi est l'importance, qui peut être attribuée à l'un ou à l'autre quant à l'influence qu'ils peuvent exercer sur la fixation de la condition juridique des personnes, et principalement pour ce qui est des effets de mariage.

Les divergences des auteurs contemporains résultent précisément de leur désaccord sur ce point important. Les uns,

en effet, sont d'avis qu'on doit surtout attacher de l'importance à la qualité de citoyen, et soutiennent que c'est la législation de chaque Etat qui doit non seulement reconnaître ou refuser la qualité de citoyen, mais qui doit encore déterminer et régir partout la condition juridique du citoyen. D'après eux, la condition de chaque personne suivant la loi de sa patrie doit être permanente au même titre que le caractère du citoyen et indépendante de la circonstance de la demeure et de l'établissement du domicile à l'étranger.

Les autres, au contraire, tout en prenant en considération la qualité de citoyen à l'égard du droit politique, considèrent la condition civile de toute personne comme dépendant de son domicile, et admettent que lorsqu'un citoyen est domicilié à l'étranger, sa condition civile doit être déterminée par la loi du pays étranger où il a établi son domicile.

1004. — La jurisprudence française accorde une très grande importance au domicile matrimonial. Comme elle admet qu'un Français peut, sans perdre sa qualité de citoyen, établir et acquérir un domicile matrimonial à l'étranger, elle incline parfois à faire dépendre de la loi du domicile la détermination des droits patrimoniaux des époux.

La Cour d'Aix a fait une application de ces principes dans son arrêt du 22 février 1883. Elle a, en effet, admis que lorsqu'un Français se marie à l'étranger, soit avec une Française soit avec une étrangère, il appartient aux tribunaux d'apprécier les circonstances pour déterminer d'après l'intention des parties le régime auquel elles ont entendu soumettre leurs intérêts patrimoniaux. Aussi, a-t-elle admis, que du fait qu'un Français avait établi son domicile matrimonial au Caire et l'y avait conservé depuis le jour de la célébration du mariage jusqu'à sa mort, on devait conclure que les époux avaient adopté la loi en vigueur au Caire et non la loi française, pour régler, en l'absence de contrat, les droits patrimoniaux respectifs dérivant de leur union. Par conséquent, cette Cour

a décidé qu'il fallait appliquer le droit commun de ce pays plutôt que la loi française. [1]

La Cour de Paris a fait une autre application de la même doctrine dans un autre cas, qui présente des circonstances plus singulières.

Il s'agissait d'un mariage célébré en Italie, sans conventions matrimoniales, par un Français qui, s'y étant établi pour faire le commerce, possédait un établissement industriel à Palerme, et avait épousé une Italienne. Les époux étaient venus ensuite se fixer en France, et dans les actes par eux passés avaient déclaré avoir adopté le régime de la communauté légale du Code civil français. Cela résultait notamment du testament fait par le mari. La Cour décida que, les époux n'ayant fait aucune déclaration expresse au sujet du régime de leurs biens, il fallait admettre leur intention présumée de régler leurs intérêts d'après la loi du pays où se trouvait établi leur domicile matrimonial : que l'article 1393 du Code civil français, aux termes duquel la communauté légale devait être présumée en l'absence de conventions contraires, doit être réputé le droit commun de la France, en ce qui concerne les mariages qui y sont contractés entre Français, mais que la règle qu'il consacre, trouvant son fondement dans l'intention des parties, ne saurait être étendue aux mariages célébrés hors de France entre un Français et une étrangère, et qu'à l'égard de ces derniers on doit présumer au contraire que les époux ont voulu se référer purement et simplement à la loi du pays où ils ont célébré leur union. Par conséquent, la Cour considérant que la loi italienne n'admettant aucun régime légal des biens en l'absence de conventions matrimoniales, a exclu le régime de la communauté, bien que les époux aient déclaré par des actes postérieurs qu'ils entendaient l'adopter. Elle dit, en effet, que ce régime n'ayant pas été admis au moment du mariage, ne pouvait pas l'être en considération d'actes

[1] Voir le texte de l'arrêt dans le *Journal du droit international privé*, 1883, p. 170.

postérieurs, qui ne pouvaient avoir pour effet de modifier ce qui avait été établi à l'origine.

La cour, par cet arrêt, a voulu se conformer à la règle consacrée par la jurisprudence, qu'en ce qui concerne les intérêts pécuniaires des époux, tout doit dépendre de leur intention et que la détermination de celle-ci est une pure question de fait laissée à l'appréciation souveraine du juge.

Si on fait abstraction de la question de principe, de savoir si les rapports patrimoniaux des époux ne doivent pas, en l'absence de convention expresse, dépendre de la loi qui doit régir le mariage, il nous semble que, même en admettant la doctrine d'après laquelle tout doit dépendre de l'intention des parties et de la loi du pays de la célébration du mariage, on n'aurait pas dû exclure l'application de la loi française dans l'espèce dont nous venons de parler.

Même étant donné que tout devait dépendre de l'intention, et qu'on voulait induire de la circonstance de la célébration du mariage en Italie par un Français, que ce dernier avait entendu s'en référer purement et simplement à la loi italienne, cette dernière loi ne devait pas être appliquée de préférence à la loi française. En effet, aux termes exprès de la législation italienne, les rapports de famille doivent être régis par la loi de la nation à laquelle les personnes appartiennent. De plus, il y avait lieu de tenir compte de la circonstance que le mariage avait donné naissance à une famille française.[1]

Le tribunal de Marseille, dans un jugement du 13 mars 1875, a admis, qu'à l'égard d'un Italien qui s'était marié en France devant son consul, on devait appliquer la loi italienne pour régler les rapports patrimoniaux en l'absence de contrat de mariage. Mais il a décidé ainsi, par le motif que la célébration du mariage devant le consul italien constituait une preuve certaine de l'intention présumée de conserver le

[1] Voir le texte de l'arrêt du 12 juillet 1889, Clunet, *Journal*, 1889, p. 845.

domicile dans le pays d'origine et de rester soumis à la loi de ce pays. Il est dès lors clairement établi que ce tribunal n'a pas entendu admettre en principe la prépondérance du statut personnel dépendant de la qualité de citoyen.[1]

La Cour de Bordeaux a, au contraire, déclaré en principe que lorsqu'un Français s'est marié hors de France avec une étrangère sans faire de contrat de mariage, le régime des biens doit être déterminé par la loi française, en considération de la qualité de citoyen du mari. Toutefois, elle n'a pas formulé cette règle d'une façon précise; car elle a admis l'application de la loi française, non par le seul motif de la qualité de citoyen du mari, mais par la considération, qu'en l'absence de l'intention formelle de se fixer à l'étranger sans esprit de retour dans sa patrie, on devait présumer que le mari avait conservé son domicile en France.[2]

On peut conclure de là, que d'après la théorie consacrée par les tribunaux français, en principe le statut par lequel doit être déterminé le régime des biens des époux doit dépendre du domicile matrimonial plutôt que de la qualité de citoyen.

1005. — En Suisse, le concordat de 1822 stipule qu'en principe les contrats de mariage doivent, comme la succession, être régis par la loi du canton d'origine des époux. Aussi les cantons qui ont adhéré à ce concordat admettent la prépondérance de la loi de la patrie. Les autres cantons au contraire donnent la préférence à la législation du canton où les époux sont domiciliés au moment du mariage.

1006. — Nous répéterons à ce sujet ce que nous avons déjà dit, qu'il est indispensable que les États se mettent d'accord pour régler une matière aussi importante que celle du contrat de mariage, par des principes uniformes, auxquels

[1] Clunet, *Journal*, 1875, p. 182.
[2] Voir Clunet, *cit.*, et Aix 12 mars 1878, *id.*, 1878, p. 610.

seraient soumis les biens des époux, en quelque lieu qu'ils fussent situés. Que ce soit la loi du domicile matrimonial, ou bien celle du pays dont le mari est citoyen qui soit ainsi déclarée préférable, le point intéressant, c'est qu'un accord international indique la législation destinée à régir tous les rapports de famille, sans rompre l'unité de conception légale qui doit primer tous ces rapports.

En réalité, deux systèmes, celui qui attribue la prépondérance au domicile matrimonial, et celui qui l'attribue à la qualité de citoyen, se trouvent admis en concurrence l'un avec l'autre tant en doctrine, qu'en jurisprudence.

Pour rester conséquent avec notre doctrine, nous persistons dans notre opinion, que tout doit dépendre de la qualité de citoyen du mari.

Une des raisons, qui nous paraissent décisives, c'est que la question du domicile matrimonial est naturellement complexe, tellement que les juristes ne sont pas d'accord à cet égard. Tandis, en effet, que les uns ne font aucune différence entre ce domicile et le domicile ordinaire, d'autres, et notamment Merlin, soutiennent que le domicile matrimonial des époux doit être réputé celui où ils entendent s'établir en se mariant. [1]

Or, cette intention de s'établir en un lieu plutôt que dans un autre, devant s'induire des circonstances, ne peut pas toujours être sûrement déterminée. Il peut se faire en outre qu'elle ne soit pas commune aux parties. En effet, en l'absence d'une déclaration formelle de l'intention de s'établir en une localité donnée, lorsque la femme n'est pas du même pays que le mari, il peut se faire que celui-ci ait l'intention de retourner dans sa patrie, tandis que la femme ait celle

[1] Merlin, *Report*, V° *Loi*, § 6. La Cour de Pau a admis la même doctrine dans son arrêt du 26 juillet 1886, en décidant que, par domicile matrimonial, on devait entendre, non le domicile actuel antérieur de l'un ou de l'autre des époux, non le lieu de la célébration du mariage, mais celui où les époux veulent s'établir après la célébration. Voir Clunet, *Journal*, 1889, p. 17.

de continuer à demeurer au lieu de la célébration du mariage.

La Cour de Bordeaux, dans l'arrêté précité du 2 juin 1875, a décidé en principe, que l'application de la loi française, dans le cas d'un mariage sans contrat conclu par un Français avec une étrangère, devait être admise ou exclue, suivant qu'on pouvait admettre ou exclure l'intention de retourner en France. Mais si tout devait dépendre du domicile au moment du mariage, comment les projets des époux pour l'avenir pourraient-ils avoir une influence décisive? Et si l'événement futur n'était pas dans l'intention des deux parties, comment ce que l'une d'elles aurait voulu pourrait-il influersurl'intention de l'autre ?

Il nous semble que, même si on ne voulait pas admettre le système le plus rationnel, que le statut de famille devrait être subordonné à la qualité de citoyen, le mieux pour dissiper toutes les incertitudes serait de décider que tout devrait dépendre de la loi du lieu de la célébration du mariage, et de présumer, qu'en l'absence de déclaration expresse, les parties ont entendu se soumettre à cette loi au moment de cette célébration.

De plus, pour ce qui est des conséquences des conventions matrimoniales passées par les époux ou de celles présumées d'après leur intention tacite, on devrait admettre toutes les restrictions édictées par la loi de leur patrie, lorsqu'ils voudraient se prévaloir des conséquences de ces conventions expresses ou tacites. On éviterait ainsi les difficultés du domicile de fait et du domicile matrimonial ; car, même en décidant en principe que tout devrait dépendre de l'intention expresse ou tacite, on admettrait la limitation des contrats de mariage formels ou présumés, conformément à la loi du pays auxquels appartiennent les conjoints.[1]

[1] La Cour de cassation française a admis cette règle dans l'affaire Lesieur. Elle a, en effet, décidé que les étrangers, qui se marient dans un pays donné, doivent être soumis à la loi de ce pays en ce qui concerne leur association conjugale. Toutefois, cette loi ne pourrait pas être réputée valable

1007. — De toute façon, que ce soit l'un ou l'autre système qu'on adopte, il est hors de doute qu'il est urgent d'établir par un accord international, une règle nettement formulée.

Nous croyons en outre que, quel que puisse être le principe admis par un tel accord, il est indispensable qu'on ne dispose pas que le mariage, en tant que base des rapports de famille, soit soumis à un autre principe que les rapports patrimoniaux. En effet, l'unité de doctrine législative, sur ce point, doit être réputée indispensable, par suite de l'intime connexité de ces deux ordres de rapports. On ne devrait, par conséquent, pas décider que le contrat de mariage fût soumis aux mêmes règles que les autres contrats de droit privé.

Nous croyons devoir d'autant plus insister sur ce point, que des jurisconsultes autorisés ont soutenu une doctrine contraire à la nôtre. Westlake, entre autres, a décidé que si le mariage est accompagné d'une convention expresse relative aux biens, la validité de cette convention et les droits qui en résultent pour les parties doivent être déterminés d'après les règles applicables à tout autre contrat qui est conclu au lieu de la célébration du mariage et qui doit être exécuté au domicile conjugal. [1]

Foote rapporte l'espèce jugée par lord Romilly dans l'affaire

en France à l'égard des droits sur les immeubles appartenant aux époux, et cela en vertu de l'article 3 du Code civil français, qui soumet à la loi française les immeubles situés en France, même quand ils sont possédés par des étrangers, et qui dans sa généralité embrasse tous les droits réels sur les immeubles. Cassation, 4 avril 1881. Clunet, *Journal*, 1881.

[1 bis] Contrairement à l'opinion de M. Fiore, nous ne pensons pas que l'article 3 du Code civil français puisse s'opposer à l'application de la loi étrangère pour régler le régime des immeubles situés en France. En effet, cet article a seulement pour but de soumettre à la loi française le régime de la propriété foncière, abstraction faite des droits privés dont elle peut être l'objet. Voir au sujet de la portée véritable de cet article, ce que nous avons dit plus haut, T. II, p. 153, note 1. Voir du reste *infra*, n° 1015, une tendance nouvelle de la jurisprudence française en cette matière. (Note du traducteur Ch. A.)

[1] *Private international Law*, § 371.

Este et Smyth.[1] Il s'agissait d'un mariage célébré à l'ambassade anglaise à Paris par des citoyens anglais, qui avaient ensuite conclu un contrat de mariage en France. Le juge décida que la validité du mariage devait être appréciée d'après le droit anglais, mais que le contrat de mariage devait l'être d'après la loi française. Dans cette espèce, la règle pouvait être soutenue, par la considération qu'aux termes du droit anglais on reconnaît la plus grande liberté aux parties pour passer leurs conventions matrimoniales. Il faut toutefois, toujours s'inspirer de l'idée qu'on ne devrait pas admettre en principe que le mariage pût être régi par une loi, et le contrat de mariage exprès ou tacite, par une autre. Nous insistons au contraire pour soutenir, qu'on considère comme base des rapports de famille soit la loi du domicile, soit celle de l'Etat dont les époux sont citoyens, la loi admise devrait servir, à fixer non seulement la validité du mariage comme état personnel, mais encore la validité intrinsèque des rapports patrimoniaux. L'autorité de la législation locale devrait être limitée aux rapports qui doivent être réglés par elle en vertu de la loi même qui doit toujours régir le mariage. C'est ce qu'on doit décider relativement à certains effets extrinsèques que peut produire le mariage, tant à l'égard des parties qu'à l'égard des tiers, et relativement à la validité de la forme du contrat lui-même.

1008. — Il nous semble que dans certains cas tout à fait spéciaux, on peut admettre avec raison, que le domicile conjugal soit décisif pour la détermination du régime des biens des époux, et cela même dans le système, d'après lequel ce régime doit, en l'absence de contrat, être déterminé d'après la loi de l'Etat dont le mari est citoyen.

Tel est d'après nous, le cas suivant jugé par le tribunal de Genève le 9 mai [2]1884. Un citoyen sarde domicilié depuis

[1] *Private international jurisprudence*, p. 242.
[2] Clunet, *Journal*, 1886, p. 249.

longtemps en Suisse, s'était rendu dans son pays et, après s'y être marié sans contrat, était revenu en Suisse. Après avoir été domicilié deux ans dans ce dernier État, il y avait obtenu la naturalisation. Bien que le changement d'état personnel ne résulte légalement que du changement de qualité de citoyen, toutefois les circonstances tout à fait spéciales de cette espèce étaient de nature à justifier pleinement l'effet rétroactif de la nouvelle qualité de citoyen obtenue par la naturalisation, pour faire régir par la loi de la patrie d'élection les rapports patrimoniaux des époux, qui s'étaient mariés avec l'intention de devenir citoyens suisses. Nous comprenons que si on appliquait rigoureusement les principes, cette solution ne pourrait pas se justifier pleinement. Toutefois, comme l'intention des parties doit avoir son importance en cette matière de rapports contractuels, et que le changement de qualité de citoyen ne crée pas un obstacle à la reconnaissance et au respect de cette intention, la solution peut se justifier d'après la nature et la raison des choses.

1009. — Du reste, pour mieux mettre en lumière notre idée en ce qui concerne la valeur à attribuer à l'intention des parties, il faut dire que nous n'entendons pas que, soit dans l'un, soit dans l'autre système, elle ne doive jamais être prise en considération. En effet, pour tout ce qui doit être considéré dans le domaine du pouvoir conventionnel des époux aux termes de la loi qui régit le mariage, comme il est nécessaire d'admettre la valeur effective des pactes exprès conclus entre eux en vertu de la faculté légale qui leur appartient, on doit aussi reconnaître la valeur des conventions tacites induites des circonstances de nature à déterminer leur intention présumée.

C'est en ce sens, notamment, qu'on doit décider à l'égard de deux époux israélites qui, en se mariant, auraient déclaré que leurs droits de succession seraient régis par la loi israélite en usage. Or, étant donné qu'ils n'aient fait aucune convention expresse à l'égard du régime conjugal, et que le

régime résultant de la loi israélite en usage ne puisse pas être considéré comme contraire à celui susceptible d'être établi par convention d'après la loi régulatrice des rapports de famille, on pourrait avec raison soutenir qu'on devrait tenir compte de l'intention des parties déduite de leur déclaration expresse à l'égard des droits successifs, et de la circonstance qu'elles appartiendraient toutes deux à la confession israélite, et que par conséquent les usages de la loi israélite pourraient servir à déterminer les rapports patrimoniaux établis par eux par convention tacite.

Afin de bien préciser notre idée, nous dirons, en nous reportant à la disposition de l'article 1398 du Code civil français, que les Français qui se marient sans contrat se trouvent de plein droit soumis au régime de la communauté légale. Toutefois, le législateur français ne fait pas de ce régime un principe absolu et obligatoire pour les Français, mais il l'indique comme le plus conforme à la volonté présumée des parties, quand elles n'ont pas manifesté une intention contraire. Or, la règle de la communauté légale doit incontestablement être toujours admise, et elle ne pourrait pas être exclue sans une volonté contraire manifeste et expresse, lorsque le mariage est célébré en France. Toutefois, comme cette règle a pour fondement l'intention présumée des époux, elle peut avec raison être exclue dans le cas d'un mariage célébré à l'étranger, lorsque les circonstances particulières du cas sont de nature à justifier une intention présumée différente. En un mot, nous admettons que, dans le domaine du pouvoir conventionnel, l'intention des parties doit être réputée décisive, non seulement quand elle est manifeste et expresse, mais encore lorsqu'elle peut être clairement déduite des circonstances en ayant égard au droit commun en vigueur dans le pays où le mariage est célébré.[1]

[1] Compar. le jugement du Tribunal de la Seine du 5 avril 1887, Clunet, *Journal*, 1887, p. 334, et l'arrêt de la Cour d'Aix du 22 juin 1886, *id.* 1888, p. 515.

Toutefois, nous refusons tout effet à l'intention des parties, en ce sens qu'elles puissent méconnaître l'autorité de la loi régulatrice des rapports de famille et se soumettre à une loi étrangère, qui ne saurait être considérée comme pouvant régir ces mêmes rapports.

Par conséquent, nous nions la valeur à cette intention telle que l'entend la jurisprudence française, qui en fait tout dépendre, et qui considère la disposition de l'article 1400 du Code civil français, qui présume la communauté légale comme de droit commun en l'absence de contrat de mariage, comme applicable aux époux étrangers qui se sont unis en France, sans se préoccuper du point de savoir si la communauté légale est ou non permise par la loi nationale, ou par celle du domicile conjugal.[1]

1010. — Les tribunaux français ont accueilli cette théorie en se basant sur l'idée que tout doit dépendre de la volonté présumée des parties, que leur intention de se soumettre à la loi française peut résulter des circonstances, et qu'il n'est pas indispensable à cet effet que les conjoints étrangers aient en France leur domicile légal, mais qu'il suffit qu'ils y aient le domicile de fait.[2]

Ils ont en effet considéré que l'autorisation du gouvernement d'établir le domicile en France est seulement nécessaire quand il s'agit d'attribuer à un étranger la faculté de jouir de tous les droits civils appartenant aux citoyens; mais que

[1] Voir Cass. 11 juillet 1855, D. 56, I, 9; Cass. 4 mars 1857, S. 57, I, 247; Bordeaux, 23 février 1876, Clunet, *Journal*, 1887, p. 237; Aix, 12 mars 1878, *id.* 610; Bordeaux, 18 janvier 1882, *id.* 1882, p. 339; Tribunal de la Seine, 25 janvier 1882, *id.* 1882, p. 74 et la note; Rodière et Pont, *Contrat de mariage*, T. I, n° 34; Toullier, T. XII, p. 91; Bellot de Minier, *Contrat de mariage*, n° 43; Demolombe, *Contrat de mariage*, T. I, n° 87; Aubry et Rau, T. V, § 504, p. 275; Tribunal de Marseille, 12 janvier 1865, Clunet, *Journal*, 1885; Merlin, *Répert.*, V° *Loi*, § 6e n° 2, et V° *Convention matrimoniale*, § 2e.

[2] Voir Cass. française, 15 juillet 1885, Clunet, *Journal* 1886, p. 93; Paris 15 décembre 1853, Dalloz, 55, 2, 192; Paris 3 août 1849, *id.* 49, 2, 182.

c'est du droit des gens que résulte la faculté de régler les conventions matrimoniales d'après la libre intention des parties contractantes, qui peut être induite des circonstances. Ainsi, ils ont admis que la volonté de se soumettre à la loi française peut résulter de la circonstance de l'établissement en France au moment du mariage, ou de celle que les conjoints s'y sont immédiatement fixés après sa célébration.

Partant de là, les tribunaux français ont admis en principe, que le régime légal des biens ne doit pas être considéré comme dépendant du statut personnel, pas plus que du statut réel. Aussi la Cour d'Aix a-t-elle décidé que deux Italiens qui s'étaient mariés à Toulon, devaient être réputés comme s'étant unis sous le régime de la communauté légale, parce que, tout devant dépendre de la volonté des parties, la circonstance de se trouver en France lors de leur union devait être regardée comme suffisante pour faire présumer leur volonté d'adopter le régime légal du droit français.[1] La Cour de cassation française a déclaré en outre, que cette façon de décider ne pouvait trouver d'obstacle dans le fait que le Code sarde prohibait la communauté légale, et ne permettait que de stipuler la communauté d'acquêts (disposition reproduite dans le Code civil italien actuellement en vigueur (art. 1433); et que la prohibition du Code sarde devait être regardée comme d'ordre public territorial et par conséquent comme ne concernant pas l'état et la capacité des personnes, et qu'en défendant aux époux de stipuler la communauté, ce Code ne pouvait être applicable qu'aux biens situés en Italie, à l'exclusion de ceux situés en France.[2]

Dans certains cas, les tribunaux français ont donné la préférence à la loi de la patrie des époux pour déterminer le régime des biens, mais toujours par la considération de

[1] Aix, 24 novembre 1854, Dalloz, 1857, 2, 43; Paris 6 février 1865, Sirey, 1865, I, 222.

[2] Cass. rej., 4 mars 1857, Sirey, 1857, I, p. 247; et Dalloz, 1857, I, p. 109; *Journal du Palais*, 1857, p. 1143 et les arrêts cités.

l'intention présumée des conjoints. Ainsi, dans l'espèce d'un mariage contracté en France par un Marocain, on a admis que le régime des biens devait être déterminé suivant les usages en vigueur au Maroc, parce que la Cour de cassation a considéré la circonstance de la célébration de l'union devant un rabbin et l'observation des formalités usitées au Maroc comme suffisantes pour faire présumer que les époux avaient eu l'intention de se conformer à la loi coutumière de leur pays.[1]

De même, les tribunaux français ont considéré le droit étranger comme applicable aux étrangers qui avaient contracté mariage sans contrat devant leur consul national ou dans l'hôtel de leur ambassadeur.[2]

1011. — Etant donnée cette jurisprudence, il faut admettre que lorsque deux Anglais se sont mariés devant leur consul ou dans l'hôtel de l'ambassade britannique, on ne devrait pas les considérer comme soumis au régime de la communauté légale française.

Il faudrait, par conséquent, appliquer le droit anglais à l'exclusion du droit français, pour résoudre toute question relative à la propriété et à l'administration des biens, meubles ou immeubles, par eux possédés ou acquis en France. Dès lors, on ne pourrait pas considérer comme commun l'immeuble acquis en France par la femme avec l'autorisation du mari, en vertu de la disposition du Code civil français relative aux époux mariés sans contrat. Il faudrait, au contraire, en conformité du droit anglais, admettre, qu'en l'absence de stipulation expresse ayant réservé à la femme la propriété de l'acquisition faite par elle, la chose aurait été acquise pour le compte de son mari. De même, ce serait d'après le droit commun anglais, qu'on devrait

[1] Cass., 18 mai 1886, Clunet, *Journal*, 1886, p. 456.
[2] Tribunal de Marseille, 13 mars 1876, *id.*, 1876, p. 182, et Aix, 12 mars 1878, *id.* 1878, p. 610.

résoudre toute contestation et décider si la propriété devrait être attribuée au mari ou à la femme, et si l'aliénation de l'immeuble acquis pourrait être consentie par le mari avec ou sans le concours de la femme.

En Suisse, aux termes de la majeure partie des lois en vigueur dans les différents cantons, on admet le régime de la communauté légale du Code civil français. Toutefois, la question du régime matrimonial des Suisses qui se marient à l'étranger ne semble pas considérée comme étant du nombre de celles qui doivent toujours être résolues aux termes du statut personnel. D'après Roquin, le Conseil fédéral, avant la création du Tribunal fédéral actuel, a exclu la prépondérance du statut personnel.

En effet, cet auteur rapporte une sentence de 1856 (Ullmer, n° 559), dans laquelle il avait été décidé que « les droits de « propriété, qui comprennent aussi les droits des époux « quant à leurs biens, ne peuvent pas être compris parmi les « questions régies par le statut personnel ». Ce même auteur rapporte une autre décision rendue par le Conseil fédéral en 1861 et dit, que la tendance actuelle en Suisse est de résoudre *intercantonalement* la question du régime matrimonial en l'absence de contrat, d'après la législation du pays du domicile et non d'après celle du pays d'origine du mari.[1]

[1] Voir Roquin, *Du régime matrimonial des Suisses mariés en France*, dans le *Journal* de Clunet, 1886, p. 561-562.

§ II.

De l'immutabilité des conventions matrimoniales.

1012. Idée de l'immutabilité du régime matrimonial. — 1013. Notre théorie sur l'autorité de la *lex rei sitæ* à l'égard des rapports patrimoniaux des époux. — 1014. Elle est conforme à l'opinion des auteurs et à la jurisprudence. — 1015. Observations sur l'arrêt de la Cour de Paris du 5 février 1887. — 1016. Principes admis par la jurisprudence des autres pays. — 1017. De la faculté de modifier les conventions matrimoniales. — 1018. Idée de la règle de l'immutabilité et conséquences qu'on peut en déduire. — 1019. Applications faites par nous à la question de l'accroissement de la dot. — 1020. Le droit des époux concurremment à celui des tiers. — 1021. Notre théorie est conforme à la jurisprudence la plus récente. — 1022. Résumé des principes.

1012. — Actuellement, nous allons examiner les conséquences qui peuvent résulter du fait qu'on admet l'un ou l'autre des deux systèmes que nous venons d'exposer à l'égard de l'exercice des droits relatifs au régime des biens appartenant aux époux, en tenant compte des conventions matrimoniales qui en sont la base, et de la loi qui doit être réputée appelée à les régir.

Un des points sur lesquels les juristes de tous les pays devraient être d'accord, indépendamment de l'idée de l'unité législative qui doit présider au régime des biens des époux, c'est celui de l'immutabilité de ce régime, une fois qu'il se trouve établi.

Le principe de l'immutabilité du régime matrimonial, qui doit régler les rapports des époux à l'égard de leurs biens, doit être considéré comme la conséquence nécessaire de la communauté de vie à tous les points de vue, qui a été établie

à l'aide du mariage. En effet, on ne pourrait pas admettre que l'association conjugale pût se trouver soumise à autant de législations différentes qu'il y aurait de pays, dans lesquels les époux posséderaient des biens, ou dans lesquels ils en auraient acquis durant le mariage, sans méconnaître le principe d'unité, qui doit toujours servir de base aux rapports de famille.

La loi régulatrice de ces rapports peut varier suivant les idées différentes qui peuvent prévaloir dans la législation de chaque pays et dans la jurisprudence. Toutefois il faut admettre, qu'en acceptant l'autorité de l'un ou l'autre système pour régler de préférence le régime des biens, il y a lieu ensuite de regarder ce système comme invariable en principe, soit dans l'hypothèse où les époux changent de domicile au cours de leur mariage, soit dans celle où ils acquièrent des biens dans tels ou tels pays régis par des législations différentes.

1013. — Le principe de la territorialité, qui tend à régler les droits sur les choses existant dans chaque pays, ne peut pas être compris en ce sens, qu'on doive soumettre à la *lex rei sitæ* tout rapport de droit privé concernant les choses faisant l'objet des contrats légalement conclus à l'étranger. Au contraire, on doit admettre, ainsi que nous l'avons toujours soutenu, que la liberté des particuliers et les droits acquis par eux à l'égard des biens doivent être respectés, toutes les fois qu'il n'en résulte aucune atteinte à une loi d'ordre public ou une loi qui a le caractère absolu de disposition impérative ou prohibitive, ayant pour but de protéger les intérêts sociaux et les droits des tiers, plutôt que ceux des contractants.

Cette théorie avait déjà été soutenue par nous dans la première édition du présent ouvrage, au n° 333. Elle y était formulée de la façon suivante : « Les conventions matrimo-« niales légales ou conventionnelles doivent s'appliquer en « général aux biens appartenant aux époux en quelque lieu

« que ces biens soient situés, et on doit déterminer d'après « la même loi tous les effets dérivant du contrat de mariage. « Ainsi, on doit décider si les nouveaux acquêts faits en terri- « toire étranger entrent dans le régime dotal ; si les époux « peuvent se faire des donations et quels sont les droits que « le mari acquiert à l'égard des étrangers qui lui constituent « une dot. La même loi règlera la restitution de la dot en cas « de dissolution du mariage et la séparation de la dot des « biens du mari. »[1]

Ces principes étaient la juste conséquence de notre système; car ainsi que nous l'avions dit au n° 332, il nous semblait tout à fait inutile de rechercher si la loi appelée à régler le régime des biens devait être réputée réelle ou personnelle. Une fois cette loi déterminée, il nous paraissait clair qu'elle devait être appliquée à tous les droits des époux sur les biens, qu'ils eussent pour origine soit la loi, soit la convention. Nous avions admis comme seule exception raisonnable, que la loi territoriale dût exercer son empire, toutes les fois qu'elle limitait la liberté des parties, dans l'intérêt des tiers ou dans un but d'ordre public.

Nous avions par suite soutenu que, lorsque la loi nationale du mari (qui d'après nous devait régler le régime des biens en l'absence d'une convention expresse), permettait d'accroître la dot durant le mariage, il ne pouvait pas être permis au mari d'invoquer cette loi dans un autre pays, dont la loi territoriale prohibait l'accroissement de la dot durant le mariage. Nous soutenions dès lors que cela ne pouvait pas être valablement fait en Italie, où l'article 1391 du Code civil dispose que la dot ne peut être ni constituée, ni augmentée durant le mariage. Ayant considéré cette disposition comme générale et prohibitive, et comme tendant à rendre les conventions matrimoniales insusceptibles de modification, dans le but de protéger les intérêts généraux et d'empêcher les tiers d'être lésés par la constitution ou l'accroissement frau-

[1] Voir 1re édition (successori Le Monnier), 1869.

duleux de la dot durant le mariage, nous avions soutenu que la loi territoriale doit avoir une autorité absolue à cet égard. Nous avions dit, pour le même motif, que lorsque la loi nationale des époux leur permettait de faire des contre-déclarations pour changer la dot et les obligations en résultant, ou pour modifier d'une façon quelconque les conventions matrimoniales durant le mariage, ces contre-déclarations devaient être réputées inefficaces à l'égard des tiers en Italie. C'est qu'en effet, l'article 1385 du Code civil italien, qui défend de modifier le contrat de mariage après la célébration du mariage, et qui déclare sans valeur les modifications faites antérieurement, quand elles ne résultent pas d'un acte authentique, a pour but de protéger les intérêts des tiers, qui pourraient être atteints par les modifications apportées après le mariage aux conventions matrimoniales, et par les contre-lettres passées entre les époux.

Nous ne voyons aucune raison pour modifier notre théorie, telle que nous l'avons exposée en 1869. Bien plus, nous croyons pouvoir à bon droit nous prévaloir de l'accord général des juristes et des corps judiciaires à l'égard de l'immutabilité du régime patrimonial des époux. Si, en effet, on fait abstraction du point de savoir quelle est la loi qui doit régler ce régime en l'absence de conventions expresses, si c'est celle du domicile conjugal, ou celle du lieu du contrat, ou bien (ce qui nous semble plus raisonnable) celle de l'Etat dont le mari est citoyen, on constate qu'on est d'accord pour admettre qu'une seule et même loi doit régir les intérêts pécuniaires des époux, et produire ses effets sur leurs biens mobiliers et immobiliers, en quelque lieu qu'ils soient situés, toutes les fois qu'il s'agit d'intérêts privés auxquels les tiers sont étrangers.

1014. — Parmi les auteurs qui ont soutenu cette théorie, nous devons mentionner Teichmann : il a résumé très consciencieusement les opinions des jurisconsultes et les décisions judiciaires à l'appui de sa thèse, qui est l'immutabilité du

régime matrimonial des époux, qu'il résulte de la loi ou d'une convention. [1]

La jurisprudence française a aussi admis, en principe, que l'association conjugale ne peut pas être réputée soumise à autant de législations différentes, qu'il peut y avoir de pays où se trouvent des biens appartenant aux époux. Ce principe déjà admis dans l'arrêt de la Cour de Cassation du 30 janvier 1854, [2] se trouve également reconnu non seulement par les tribunaux français, mais par les tribunaux étrangers, qui ont rendu de nombreuses décisions en ce sens. Ils ont admis la règle de l'unité et de l'universalité de la loi matrimoniale et l'immutabilité du contrat de mariage, même à l'égard des époux, qui se sont fait naturaliser français après le mariage.

Le tribunal de la Seine a fait l'application de ce principe à deux époux polonais, qui s'étaient mariés sous le régime de la séparation de biens suivant le Code civil polonais, aux termes duquel (art. 192, 204 et 217) le mari est seul propriétaire des acquêts faits durant le mariage, même lorsqu'ils proviennent du travail et des efforts communs de lui et de la femme.

Au cours du mariage, un immeuble ayant été acquis en France, la question relative aux droits respectifs des époux sur cet immeuble fut résolue conformément à la loi, sous l'empire de laquelle le régime matrimonial des biens avait été originairement établi, et le tribunal admit que l'immeuble devait être considéré comme la propriété exclusive du mari en conformité de cette même loi, et qu'on ne pouvait pas appliquer les dispositions de la loi française relative aux acquisitions faites par les époux au cours du mariage. [3]

[1] Teichmann, *Ueber oder Unwandelbarkeit des gesetzlichen guter rechts bei Wohnsitzwechsel.* Voir aussi Arntz, *De l'immutabilité du régime conjugal ;* Déglin, *Etude sur le contrat de mariage en Droit comparé et en Droit commercial*, p. 225 et 243 ; Weiss, *Traité élémentaire de Droit international privé*, p. 693 ; Despagnet, *Précis de Droit international privé*, p. 447 et 454 ; Laurent, *Droit civil international*, T. V., § 199 et suiv.

[2] *Journ. du Palais*, 1854, p. 424.

[3] Vincent, *Dictionnaire du Droit international privé*, 1888, p. 32.

La Cour de Paris a fait une application du même principe dans son arrêt du 5 février 1887. Il s'agissait d'une femme française mariée en France à un Italien sans contrat de mariage. Cette Cour, appelée à statuer relativement à la propriété d'un immeuble acquis par la femme durant le mariage, considérant qu'il s'agissait d'un Italien, et que, d'après la loi italienne, le régime de la communauté parfaite n'est pas admis, décide que les dispositions d'une loi étrangère relative à la société conjugale et aux droits respectifs des époux sur les biens devaient être appliqués même à l'égard des immeubles situés en France.

1015. — Il est à noter, que la Cour, s'écartant de la théorie traditionnelle, a admis en principe que le régime de la communauté légale ne pouvait pas être regardé comme la règle des intérêts civils à l'égard des époux étrangers, qui s'étaient unis en France sans faire de contrat. Elle a, en effet, considéré que les dispositions des articles 1400 et suivants du Code civil français n'ont pas le caractère de statut territorial, et que ce ne pouvait être le cas d'appliquer l'article 3, § 2 du Code civil français, pour faire régir par la loi territoriale l'immeuble acquis par les étrangers durant le mariage, parce que cet article se réfère au régime de la propriété immobilière et non à la dévolution des immeubles au cours de l'association conjugale.[1]

Cet arrêt est très important, non seulement au point de vue du principe général, qui d'après nous doit régler le régime des biens des époux, mais encore pour ce qui concerne l'interprétation de l'article 3 du Code civil français et le caractère du statut territorial.[2]

Nous trouvons, en effet, qu'il consacre la nouvelle théorie, qui tend à mieux déterminer la base de l'autorité si territoriale des lois de chaque pays, en décidant que l'article 3 du Code

[1] Clunet, *Journal*, 1887, p. 190.
[2] Voir *supra*, note, 1 bis, p. 22, sous le n° 1007 (Note du traducteur Ch. A.).

civil ne doit pas être appliqué dans tous les cas où il s'agit de droits appartenant aux étrangers sur les immeubles situés en France ; mais seulement quand le régime de la propriété immobilière se trouve en cause. Aussi, sans l'obstacle de la théorie traditionnelle admise par les auteurs et la jurisprudence pour interpréter l'article 3, on pourrait espérer que les tribunaux français arriveraient avec de moindres difficultés à attribuer à cet article sa juste valeur.

Si on compare cet arrêt de 1887 de la Cour de Paris, avec celui qu'elle a rendu dans l'affaire Garcia de la Palmira le 12 mars 1881, il faut convenir qu'on trouve admise sans réserves dans ces décisions la théorie exacte des lois qui ont le caractère de statut territorial et de celles qui constituent le statut personnel. L'arrêt de 1887, à notre sens, ne prête le flanc à la critique, que pour avoir admis en principe que les étrangers qui se marient en France peuvent, par leur déclaration expresse, se soumettre aux dispositions de la loi française relative au régime matrimonial des biens. Cela est contraire à la théorie fondamentale proclamée dans ce même arrêt, d'après laquelle les dispositions du Code français qui déterminent le régime légal des biens ne peuvent pas être réputées statut territorial, et que les dispositions de la loi étrangère dérivant du statut matrimonial doivent produire leur entier effet en France, même à l'égard des immeubles dépendant de l'association conjugale.

Pour ne pas se mettre en contradiction avec une doctrine aussi exacte et pour être logique, la Cour aurait dû aussi admettre en principe que, lorsque la loi étrangère constituant le statut matrimonial interdirait aux époux de stipuler que le mariage soit régi par les coutumes locales ou par des lois auxquelles ils ne seraient pas légitimement soumis (ainsi que cela est défendu aux Italiens par l'article 1381 du Code civil), il ne pourrait pas être permis, même par une déclaration expresse, de soumettre les conditions civiles de l'union conjugale à la loi française, et d'adopter, conformément à cette loi le régime de la communauté. Dès lors, si la Cour

avait considéré que cela est expressément interdit aux Italiens par l'article 1433 de leur Code civil, qu'elle-même regardait en principe comme le statut de la société conjugale, quand le mari est Italien, elle n'aurait pas dû leur reconnaître la faculté de se soumettre à la loi française. Néanmoins, malgré cette critique, nous devons répéter que cet arrêt de la Cour de Paris et celui de 1881 doivent être considérés comme une dérogation à la théorie traditionnelle admise en France en ce qui concerne le statut territorial et l'interprétation de l'article 3 du Code civil. De plus, les théories nouvelles auraient fait un grand pas dans la jurisprudence française, si par son arrêt du 2 avril 1884, la Cour de cassation n'avait cassé l'arrêt du 12 avril 1881, et ainsi affirmé de nouveau dans toute sa rigueur la théorie traditionnelle admise pour l'interprétation de l'article 3 du Code civil français.[1]

1016. — Nous trouvons également consacré dans la jurisprudence des autres pays le principe de l'universalité de la loi du régime matrimonial des biens. Le tribunal civil de Lausanne en a fait une application, dans son jugement du 30 novembre 1888[2], au cas de deux époux français, qui s'étaient mariés en France sans contrat et qui avaient acquis des immeubles en Suisse dans le canton de Vaud. Il s'agissait de décider si la femme, en vertu du régime de la communauté, devait être réputée co-propriétaire des immeubles ainsi acquis, et si on devait appliquer le Code français ou celui en vigueur dans le canton de Vaud. Le tribunal décida que les règles consacrées par le Code vaudois doivent être considérées comme des règles particulières, qui concernent le régime de biens à l'égard des citoyens du canton et qui ne peuvent pas être invoquées pour régler les effets d'un mariage contracté en France par des Français. Toutefois, ce jugement, bien que

[1] Voir l'arrêt de Cassation du 2 avril 1884 dans le *Journal du Dr. internat. privé*, 1885, p. 77.

[2] Vincent, *Dictionnaire du Droit international privé*, 1889, p. 36-37, aff. Perret.

conforme aux principes exacts du Droit international moderne, a été réformé par le tribunal cantonal, qui a voulu donner à l'article 2, § 2 du Code civil vaudois, une interprétation conforme à la fausse théorie du statut territorial. Ce tribunal a admis dès lors, que les immeubles situés dans le canton et appartenant à des étrangers, doivent être soumis à la loi cantonale, parce que l'article 2, qui soumet les immeubles, même possédés par les étrangers, aux lois du canton, pose un principe d'ordre public qui ne peut subir aucune limitation. Il a décidé par conséquent, que la capacité de posséder des immeubles dans le canton, ainsi que les droits de propriété sur ces immeubles à un titre quelconque, doivent être déterminés d'après la loi cantonale, sans se préoccuper de celle d'après laquelle le contrat de mariage peut être réputé conclu.

Nous croyons inutile de faire remarquer que le jugement du tribunal de Lausanne doit être considéré comme le plus conforme aux vrais principes du droit, et que celui du tribunal cantonal doit être considéré comme inspiré par des traditions surannées, qui résistent encore, malgré l'évidence des principes, à l'aide desquels la science moderne a démontré le manque de solidité de la base sur laquelle ils reposent.

La diversité des décisions des tribunaux en cette matière, ne doit pas avoir pour résultat de rendre incertains les nouveaux principes, ni d'en faire considérer les fondements comme sans fixité, mais de mettre en lumière la lutte entre le passé qui s'effondre, malgré l'appui qu'il trouve dans les convictions juridiques des vieilles générations, et les idées nouvelles, qui trouvent leurs principaux défenseurs dans ceux qui s'inspirent, sans préjugés, des vérités des théories modernes, qui font pas à pas leur chemin.

Il est toutefois incontestable que dans beaucoup de pays, ce qui constitue un grave obstacle à l'application de la vraie théorie de l'unité du régime matrimonial des biens, c'est la fausse doctrine du statut réel, ainsi que les applications inexactes qui en sont faites par la jurisprudence à tout droit

relatif aux immeubles, quelle qu'en soit l'origine. Ainsi, par exemple, en Louisiane, aux termes de la loi en vigueur, la communauté légale est considérée comme un statut réel, qui exerce son autorité, tant à l'égard des parties qui se marient dans un Etat, qu'à l'égard de celles qui, s'étant mariées ailleurs, viennent s'y établir et y acquièrent des propriétés. Il a été dès lors décidé à l'égard des deux époux mariés en Géorgie sans contrat, qu'on devait attribuer au mari tout ce que la femme possédait au moment du mariage, mais que ces époux étant venus ensuite s'établir en Louisiane, à l'égard des acquêts faits par eux depuis leur établissement dans cet Etat, on devait admettre la règle de la communauté légale d'après le Code de la Louisiane. [1]

De même, dans la République Argentine, on admet en principe, qu'en l'absence de contrat de mariage, les droits sur les biens meubles sont déterminés d'après la loi du lieu de la célébration du mariage et les droits sur les immeubles, d'après celle du lieu de leur situation. Quand, au cours du mariage, il se produit un changement de domicile, les droits sur les biens acquis sont régis par la loi du domicile au moment de leur acquisition. [2]

1017. — En ce qui concerne la faculté de modifier les conventions matrimoniales, nous ferons remarquer qu'aux termes des lois de différents pays, ces conventions ne peuvent subir aucune modification après le mariage. Il en est ainsi notamment d'après les Codes civils français, art. 1395, italien, art. 1383, espagnol, art. 1320. Il est incontestable que ces dispositions doivent être regardées comme obligatoires pour les citoyens, même lorsqu'ils se trouvent à l'étranger. En effet, comme ils doivent toujours demeurer soumis à la loi de leur patrie, l'incapacité dont ils sont affectés doit subsister

[1] 1885, Henderson C. Trousdale, 10, II, 548; Compar. la *Jurisprudence* rapportée dans le *Journal* de Clunet, 1875, p. 134.

[2] Compar. Daireaux, *De la condition légale des étrangers*, Clunet, *Journal*, 1886, p. 294.

même dans les pays où se trouve en vigueur une règle différente.

Toute la difficulté de cette matière consiste à décider si les étrangers peuvent, en vertu de leur statut personnel qui leur accorde cette faculté, modifier leur contrat de mariage dans les pays où est en vigueur la règle de l'immutabilité. Ce qui donne lieu à la controverse, c'est que la loi, qui déclare les conventions matrimoniales non susceptibles de modification, ne peut pas être considérée comme destinée uniquement à protéger l'intérêt privé des contractants, mais comme ayant aussi pour but de sauvegarder l'intérêt des tiers, qui pourraient être lésés par les changements des rapports patrimoniaux des époux au cours du mariage, et que par conséquent l'autorité du statut personnel en cette matière peut être regardée comme contraire à l'ordre public territorial et au droit social.

1018. — Si on examine quels sont les motifs qui ont dicté aux législateurs la règle de l'immutabilité, il est clair que le principal, c'est celui d'une part de s'opposer à l'influence excessive, que l'un des époux pourrait exercer sur l'autre pour l'induire à consentir en sa faveur des modifications au contrat de mariage, et d'autre part d'ôter aux deux époux la faculté de se faire durant le mariage certaines libéralités permises par la loi au détriment de leurs propres intérêts et de ceux de leur postérité. S'il était permis, disait Bouhier, d'altérer les clauses des conventions matrimoniales, celui des époux, qui aurait un pouvoir plus grand sur l'esprit de l'autre, ne négligerait rien pour faire changer à son propre avantage ces conventions, et en cas de refus, cela pourrait être entre eux la cause de querelles, qui troubleraient l'union et la concorde, dont l'intérêt public exige constamment le maintien entre mari et femme.[1]

Si tout se réduisait là, on pourrait à bon droit soutenir que, puisque le législateur de chaque pays auquel appartiennent les

[1] *Sur la Coutume de Bourgogne*, Ch. XXI, n° 157.

époux est appelé principalement à protéger leurs intérêts, et que les dispositions qui concernent cette matière, faisant partie du statut personnel, doivent exercer partout leur empire et que dès lors, la question de la mutabilité ou l'immutabilité des conventions matrimoniales devrait être partout résolue d'après la loi de la patrie des époux, de même que tout autre question concernant la capacité des personnes de faire valablement des actes civils.

Il faut cependant considérer que la règle de l'immutabilité a été également motivée par d'autres raisons. L'une d'elles a pu être de ne pas ôter aux biens la destination qui a été convenue dans le contrat de mariage par les familles respectives dont ces biens proviennent; mais cela rentre dans le domaine des rapports de famille et du statut personnel. Toutefois, il y a un autre motif d'un caractère spécial, celui de sauvegarder les droits des tiers, qui ont pu avoir des rapports avec les époux, en faisant état du patrimoine appartenant à chacun d'eux, et qui seraient naturellement trompés dans leurs justes espérances, si la base des droits patrimoniaux de ces mêmes époux, telle qu'elle aurait été établie par le contrat de mariage, pouvait être modifiée durant le mariage. On ne pourrait pas en réalité ne pas admettre que la possibilité de modifier le régime matrimonial n'eût pour résultat de porter atteinte aux droits des tiers. En considérant la règle de l'immutabilité à ce dernier point de vue, on doit aussi admettre qu'elle a pour but de protéger les droits de tout le monde, pour des raisons d'ordre public et d'intérêt social. Et, en l'envisageant ainsi, on ne saurait jamais reconnaître l'autorité du statut personnel; car ce statut ne peut jamais prévaloir en aucun pays, quand il en résulte la violation de la loi territoriale d'ordre public ou d'intérêt social.

1019. — Dans la première édition de cet ouvrage,[1] nous

[1] Voir édition de 1869 (Florence, successori Le Monnier), p. 428, conforme à l'édition de l'*Unione Tipografico-Editrice*, qui a fait le 3e tirage sur la 1re édition stéréotypée en 1869.

nous étions exprimés de la façon suivante à ce sujet :
« Supposons par exemple, que la loi nationale du mari
« permette d'augmenter la dot durant le mariage, et que le
« mari veuille invoquer sa loi pour rendre dotaux les biens
« paraphernaux de la femme situés en Italie, où l'accroisse-
« ment de la dot ne peut pas être valide et efficace, parce que
« l'article 1391 de notre Code dispose : *La dot ne peut être*
« *constituée ni augmentée durant le mariage.* Cette disposition
« est générale et prohibitive, elle pourvoit à l'intérêt privé
« des contractants en rendant les conventions matrimoniales
« non susceptibles de modification, et a pour but de protéger
« les intérêts généraux, et d'empêcher que les tiers ne soient
« frauduleusement lésés par des constitutions ou des accrois-
« sements simulés de dot durant le mariage. Pour la même
« raison, si la loi nationale des époux leur permettait de faire
« des contre-déclarations pour changer la dot pendant la durée
« du mariage, ces contre-déclarations seraient inefficaces à
« l'égard des tiers en Italie, parce que l'article 1385, qui
« interdit de changer en quelque manière que ce soit les
« conventions matrimoniales après la célébration du mariage,
« a pour but de protéger les intérêts des tiers, qui pourraient
« être frauduleusement lésés par des contre-déclarations
« ignorées ».

1020. — Nous persistons à soutenir cette même théorie à l'égard de toute modification des conventions matrimoniales pouvant porter atteinte aux droits des tiers. Toutefois, nous basant sur la raison et sur la nature des choses, nous disons, qu'à notre sens, on peut admettre l'autorité du statut personnel, pour reconnaître la validité des changements au contrat de mariage consentis par des époux étrangers à l'égard de biens mobiliers ou immobiliers situés dans un pays où se trouve en vigueur la règle de l'immutabilité, quand ces époux invoquent la convention qui a ainsi modifié le régime de leur patrimoine au cours du mariage, pour déterminer leurs droits réciproques et quand cela ne peut porter aucune

atteinte aux intérêts des tiers. Il appartient, en effet, au législateur de chaque Etat de protéger les droits de ses citoyens unis par le mariage, de prévenir l'influence abusive d'un époux sur l'autre et d'assurer la liberté des conventions matrimoniales relatives au régime des biens. Le souverain territorial n'a aucune raison pour soumettre les étrangers à sa propre loi, même si elle est meilleure, et lorsque les tiers n'ont aucun intérêt à sauvegarder, il ne peut y avoir aucun motif raisonnable pour limiter l'autorité du statut personnel à l'égard des personnes qu'il doit régir.

Quand, au contraire, les modifications du contrat de mariage conclu entre les époux étrangers en conformité de leur statut personnel seraient préjudiciables aux droits des tiers, on ne pourrait pas admettre la même règle. En effet, il serait contraire au Droit public territorial et au Droit social de reconnaître l'autorité des dispositions d'une loi étrangère contraires à celles édictées par le souverain territorial pour protéger les droits des tiers et l'ordre social. C'est là indubitablement un des cas, dans lesquels on peut justement limiter l'autorité du statut personnel; parce qu'en admettant cette autorité, on arriverait à porter atteinte aux droits des tiers qui auraient contracté avec des conjoints étrangers sous la protection de la loi territoriale.

1021. — Nous trouvons en harmonie parfaite avec la théorie que nous avions soutenue en 1869 et que nous maintenons en substance, la sentence rendue le 7 octobre 1884 par le Reichsgericht, 2e chambre civile. Il s'agissait de deux époux würtembergeois mariés à Stuttgard, qui avaient ensuite transporté leur domicile dans le Grand Duché de Bade. Là, la femme voulait profiter de la faculté accordée par la loi würtembergeoise aux époux mariés sous le régime de la communauté de pouvoir volontairement consentir durant le mariage à la séparation des biens et de faire cesser ainsi le régime de la communauté. Un créancier badois s'opposait à l'exercice de cette faculté, en se basant sur l'article 1443 du

Code civil badois, qui est conforme à l'article 1443 du Code civil français, et demandait la nullité de cette séparation volontaire. Sa demande fut reconnue bien fondée par les tribunaux de 1re et de 2e instance, et le tribunal suprême confirma ces décisions par les motifs suivants : « Le tribunal, « en reconnaissant que le régime matrimonial des époux doit « être en principe régi même dans le Grand Duché de Bade « par la loi würtembergeoise, déclare néanmoins que l'appli- « cation de cette loi doit être écartée en tant qu'elle consacre « des dispositions contraires à l'ordre public badois. Par « conséquent, le tribunal considère que l'article 1443, qui « frappe de nullité toute séparation de biens volontaire durant « le mariage, est une disposition d'ordre public. Elle a été, « en effet, sanctionnée, non seulement dans l'intérêt des « époux, afin d'assurer l'immutabilité des conventions « matrimoniales, mais encore et surtout dans l'intérêt des « tiers, afin de prévenir le préjudice, qui pourrait leur être « causé par une dissolution volontaire et concert de la « communauté pendant le mariage. Par conséquent, la loi « würtembergeoise ne pouvant pas prévaloir contre une loi « badoise d'ordre public, ne peut pas être appliquée ».[1]

Nous trouvons cette sentence exacte, et nous ne pouvons admettre la critique qui en a été faite dans la note qui l'accompagne dans le journal où elle est rapportée.

L'annotateur partait de l'idée que la disposition de la loi würtembergeoise invoquée faisait partie du statut personnel, pour en conclure qu'on devait décider d'après le statut personnel sur la validité de la séparation volontaire des biens, et que cette séparation pouvant être consentie valablement par des époux würtembergeois, devait être réputée telle dans le Grand Duché de Bade à l'encontre d'un créancier badois. Il ajoutait qu'il ne pouvait y avoir de raison pour limiter l'application de la loi würtembergeoise, parce que la loi badoise qui déclare nulle la séparation de biens volontaire,

[1] Voir cette sentence dans Clunet, *Journal*, p. 730.

bien qu'inspirée par un motif d'ordre public, consacre une règle d'ordre public interne et non d'ordre public international. Il invoque à l'appui de son opinion l'autorité de Brocher et de Weiss, qui ont cru trouver dans la distinction des lois en lois d'ordre public interne et d'ordre public international la raison principale pour déterminer les cas dans lesquels on doit admettre ou exclure l'application d'une loi étrangère. Quant à nous, nous n'avons pas cru devoir admettre cette distinction, surtout parce qu'elle nous semble manquer de précision et d'exactitude, et ne nous paraît pas de nature à constituer un principe juridique certain pour dire quand on doit ou non appliquer une loi étrangère. Nous avons, au contraire, déterminé d'après des principes différents comment peut être limitée l'application de la loi étrangère.[1] Aussi, trouvons-nous bien fondée la sentence du tribunal allemand, parce qu'en vérité il nous semble, qu'aucune loi étrangère ne peut être appliquée sur le territoire d'un Etat, quand elle est invoquée pour donner naissance à certains faits juridiques, ou pour en déduire certaines conséquences juridiques, qui portent atteinte aux intérêts des tiers protégés par la loi territoriale, qui prohibe ces faits ou ces conséquences. Ce n'est pas en effet seulement au point de vue des intérêts des particuliers, qu'il faut dans tous les cas envisager la question de l'application d'une loi étrangère. Il faut aussi tenir compte des rapports qui existent entre les deux souverainetés, c'est-à-dire celle qui a édicté la loi et celle à laquelle on en demande l'application, et considérer que la souveraineté qui n'a pas promulgué la loi, mais qui doit l'appliquer et contraindre tout le monde, y compris ses propres citoyens, à en respecter forcément les prescriptions, ne peut pas se prêter à cela, quand elle se mettrait en contradiction avec les lois édictées par elle-même, non pour protéger les droits privés des parties, mais ceux de tous et les intérêts sociaux. Elle ne peut pas se mettre en contradiction avec de telles lois,

[1] Voir T. I, Partie générale, §§ 245 et suiv.

parce qu'elle violerait ainsi les droits acquis et porterait atteinte aux justes expectatives de toutes les personnes, qui auraient été investies de ces droits sous l'empire de la loi territoriale.

Le créancier, citoyen ou étranger, qui a contracté avec des conjoints étrangers, en considération d'immeubles situés dans un pays, où la loi ne permet pas la modification de la condition juridique de la chose sans l'intervention du magistrat, ne peut, sans atteinte portée à ses droits acquis légitimement sous l'empire de la loi territoriale, subir un amoindrissement de ces mêmes droits en vertu d'une loi étrangère. Il nous semble dès lors inutile de compliquer la question, comme, entre autres, l'a fait Jay, [1] en examinant si la disposition de l'article 1395 du Code civil français, dont l'article 1443 est le corollaire, doit être considérée comme comprise dans le statut des formes ou dans celui des formes habilitantes.

1022.— A notre point de vue, une règle unique doit servir à résoudre toute controverse relative à la loi qui doit régir les rapports patrimoniaux des époux, et nous la résumons de la façon suivante :

Le régime légal des biens des époux et les conventions, à l'aide desquelles il peut être établi, doivent être réglés principalement par le statut de famille (qu'il soit celui de l'Etat ou celui du domicile conjugal.)

L'unité de ce régime, aussi bien que l'unité de tous les rapports de famille, doit en principe comprendre tout le patrimoine de la famille, et par conséquent les biens mobiliers et immobiliers, en quelque lieu qu'ils soient situés.

Il faut admettre aussi en principe l'autorité du statut de famille, pour décider quand et comment le régime patrimonial peut être modifié par les époux, et sous quelles condi-

[1] *Sur l'immutabilité des conventions matrimoniales en droit international*, Clunet, Journal, 1885, p. 530.

tions de substance et de capacité les modifications peuvent être valides et efficaces à l'égard des biens en quelque lieu qu'ils soient situés, toutes les fois que les tiers n'ont aucun intérêt contraire.

Dans tous les cas, à part les dispositions concernant la capacité des parties, lorsque la loi territoriale interdit d'une façon absolue de faire valablement certains actes, non pour le motif principal de protéger les intérêts privés des parties, mais de sauvegarder ainsi les intérêts des tiers et les droits acquis par eux sur les choses existant dans l'Etat, on doit exclure l'application du statut de famille à l'égard de toutes les choses qui se trouvent sur le territoire soumis à l'empire du législateur.

Même étant admise en principe l'autorité exterritoriale de la loi régulatrice des rapports de famille à l'égard des biens de toute nature, en quelque lieu qu'ils soient situés, cette loi doit être réputée inefficace toutes les fois que son application peut donner naissance à un fait juridique ou à une conséquence juridique en opposition avec la loi territoriale édictée dans un but de protection des intérêts sociaux et des droits des tiers.

§ III.

Effets de la naturalisation à l'égard des conventions matrimoniales et des droits des époux relatifs aux biens.

1023. De la naturalisation des époux étrangers par rapport au régime de leurs biens. — **1024.** Théorie admise par les juristes anciens et par la jurisprudence dans l'hypothèse du changement du domicile conjugal. — **1025.** Comment la question a été résolue dans les temps modernes en cas d'acquisition de la qualité de citoyen d'un nouvel Etat. — **1026.** Distinctions nécessaires pour déterminer l'autorité de la loi de la patrie d'origine et de celle d'élection. — **1027.** Les droits contractuels parfaits doivent être distincts des expectatives et des pures facultés légales. — **1028.** Des rapports patrimoniaux relativement à la capacité des naturalisés. — **1029.** La question de l'aliénabilité ou de l'inaliénabilité des biens dotaux peut-elle être regardée comme une question de capacité. — **1030.** Détermination de l'autorité de la loi de la patrie d'origine à l'égard des rapports patrimoniaux et des droits des époux naturalisés. — **1031.** De l'autorité de la loi de la patrie d'origine et de celle de la patrie d'élection dans les questions auxquelles peut donner naissance la communauté. — **1032.** Application des principes dans les controverses relatives au régime dotal. — **1033.** Dans les controverses relatives au préciput conventionnel. — **1034.** Dans le système de la séparation de biens. — **1035.** Les principes par nous exposés sont également applicables dans le système où on considère la loi du domicile comme décisive.

1023. — La naturalisation en pays étranger au cours du mariage, ne pouvant en général avoir d'effet rétroactif, ne saurait en principe modifier les droits acquis par les époux en vertu de la loi de leur patrie d'origine, d'après laquelle ils ont établi le régime de leurs biens au moment de la célébration de leur mariage. Il faut se rappeler à ce sujet ce que nous avons dit plus haut sur les effets, qui peuvent dériver de l'acquisition d'une nouvelle qualité de citoyen dans ses rapports avec le changement du statut personnel, change-

ment qui est une des conséquences légales de cette acquisition.[1]

Etant donné que la loi de la patrie d'élection doit être considérée, dans ses rapports avec les droits privés des naturalisés, comme une loi nouvelle, et qu'on doit conséquemment admettre qu'elle ne peut avoir d'autorité rétroactive à l'égard des droits déjà acquis par les naturalisés d'après la loi de leur patrie d'origine, ni à l'égard des conséquences juridiques qui peuvent dériver de ces droits acquis, il faut également admettre que les droits des époux relatifs au régime des biens originairement établi par eux sous l'empire de la loi de leur ancienne patrie doivent rester intacts, malgré la naturalisation postérieure. Par conséquent, si le régime légal des biens était, d'après la loi de la patrie d'origine, différent de celui établi par la loi de la patrie d'élection, il faudrait appliquer les principes de droit transitoire, qui doivent régler l'empire de la loi ancienne et de la loi nouvelle en cas de changement de la règle légale du régime des biens des époux. C'est d'après ces principes, qu'on pourrait trancher la question de l'effet rétroactif de la naturalisation à l'égard des droits patrimoniaux respectifs acquis par les époux à l'époque du mariage.

En principe, il faut admettre que, les droits contractuels acquis par les personnes en vertu de conventions expressément conclues sous l'empire d'une loi donnée doivent être respectés, même lorsque ces droits sont discutés au point de vue d'une loi différente de celle qui a présidé au contrat, ou même lorsqu'on veut faire produire à ces contrats exprès leurs conséquences juridiques dans un autre pays régi par une législation différente. Par conséquent dans l'hypothèse où les rapports patrimoniaux des époux ont été réglés par un contrat stipulé par eux, ou qui doit être présumé établi tacitement aux termes de la loi sous l'empire de laquelle ils se sont mariés, et où ces mêmes époux ont transféré leur

[1] Voir *suprà*, T. I, n° 349, p. 394.

domicile conjugal dans un autre pays régi par une loi différente, ou bien sont devenus citoyens de ce pays en vertu de la naturalisation,. on doit respecter ce contrat.

1024. — Nous constatons que cette théorie fut admise en principe, même par les juristes anciens, qui étudièrent la question de savoir si le changement du domicile conjugal du mari durant le mariage pouvait modifier le régime patrimonial des époux et leurs droits respectifs sur les biens, en substituant, à l'égard de ce régime et de ces droits, à la loi du domicile du mari au moment de la stipulation du contrat de mariage, celle en vigueur au lieu du nouveau domicile.

Ils soutinrent que cette dernière loi ne pouvait pas être appliquée pour modifier les rapports patrimoniaux des époux établis d'après la loi ou la coutume, sous l'empire desquelles le contrat de mariage avait été passé. Les raisons invoquées à l'appui de cette doctrine ont été surtout les suivantes. L'association conjugale à l'égard des biens, une fois constituée en vertu de la loi du domicile du mari au moment du mariage, ne pouvait pas être modifiée à la suite du changement de domicile, parce que le mari, pouvant à son gré acquérir un nouveau domicile pour lui et sa femme, aurait pu, ainsi, suivant son avantage, changer la règle de cette association ; de plus, l'union des époux exige l'immutabilité de leurs rapports pécuniaires.[1]

Les anciens auteurs soutenaient cette règle, même dans l'hypothèse où il n'avait été passé aucun contrat de mariage et où le régime des biens était réglé par la loi. Ils considéraient, en effet, ce régime comme basé sur la convention tacite. Telle était la doctrine reçue par la majorité d'entre eux. Toutefois, quelques-uns admettaient une exception dans le cas où la loi du nouveau domicile avait consacré une disposition prohibitive non prévue d'après la loi de l'ancien.

[1] Compar. P. Voët, *De stat.*, sect. IX, cap. II, n° 7 ; Voët, *Ad Pand.*, Tit. *De rit. nupti.*, n° 87 ; Bouhier, *Les Coutumes de Bourgogne*, Ch. XXI et XXIII, n° 3 ; Rocco, *Diritto civile internazionale*, 3e partie, Ch. XXI.

Telle était notamment l'opinion de Meier et de Waechter.[1]

Un moins grand nombre encore soutenaient, que le changement de domicile conjugal pouvait modifier l'association quant aux biens et entraîner la soumission des époux à la loi du nouveau domicile.[2]

La jurisprudence était conforme à la doctrine de la majorité des auteurs. Froland rapporte un arrêt du Parlement de Paris du 29 mars 1640. Appelé à résoudre la question de savoir si deux époux originaires de Lucques, qui s'y étaient mariés sans contrat, et qui ensuite avaient été naturalisés français et avaient fixé leur domicile à Paris, devaient être régis, pour leurs intérêts pécuniaires, par le statut de Lucques ou par la coutume de Paris, il décida qu'en considération des circonstances de la cause, c'était le statut de Lucques qui devait prévaloir.[3] Le même auteur cite un autre arrêt du Parlement de Paris du 20 février 1713, qui avait décidé que deux époux anglais mariés en Angleterre avec un contrat de mariage conforme aux lois de ce pays, et qui étaient ensuite venus fixer leur domicile en France, devaient rester soumis à la loi anglaise, par le motif que le domicile n'avait pu modifier les conventions matrimoniales.[4]

1025. — Fœlix, examinant la question au point de vue du droit moderne, soutient que le régime matrimonial des biens, une fois établi au moment du mariage, ne peut pas être modifié par suite du changement de nationalité.[5]

La Cour de Paris, par son arrêt du 30 août 1849, et la Cour de cassation française, par son arrêt du 30 janvier 1854,

[1] Meier, *De conflictu legum*, § 33 ; Waechter, *Ueber die collision der Privatrechtsgesetze*.

[2] Mevius, *Ad jus lubec.*, 2e partie, tit. II, art. 12, n° 401 ; Boehmer, *Electa juris civ.*, T. III, exerc. 17, § 9 ; Tittmann, § 24 ; Story, *Internati. Law*, § 187.

[3] Froland, *Mémoire sur la nature et la qualité des statuts, I. p. 350 et suiv.*

[4] Froland, *loc. cit.*, p. 385 et suiv.

[5] *Droit internat. privé*, T. I, § 91.

admirent la même théorie.[1] Il s'agissait d'un Anglais marié en Angleterre sans contrat, qui était venu ensuite s'établir en France, où il s'était fait naturaliser, et qui avait postérieurement acquis un immeuble dans ce pays pendant son mariage. La Cour décida que le régime matrimonial, une fois établi, ne pouvait pas être modifié à la suite du changement de nationalité ou de domicile du mari, et que par conséquent l'immeuble ne pouvait pas être réputé en communauté conformément à la loi française, mais devait être regardé comme appartenant uniquement au mari suivant la loi anglaise.

Nous admettons en principe la théorie, d'après laquelle les questions relatives aux droits patrimoniaux des époux, acquis par eux en vertu du contrat de mariage originairement stipulé, doivent être régis par ce contrat, même lorsqu'au cours du mariage ils sont devenus citoyens d'un autre Etat, ou ont changé de domicile conjugal. Le principe de l'immutabilité des rapports contractuels et le respect des droits acquis d'après la loi de leur pays vient à l'appui du principe, que la loi de la patrie d'élection ne peut modifier ni les rapports contractuels, ni les droits résultant du contrat, ni les conséquences juridiques qui peuvent dériver à l'égard de ces droits nés avant la naturalisation.

1026. — Il faut observer toutefois, que cette théorie ainsi établie en principe a besoin d'être élucidée; car il ne serait pas exact de soutenir que toute question relative aux droits patrimoniaux de deux époux, devrait être résolue aux termes de la loi de leur patrie d'origine. En effet, de telles questions peuvent, en raison des circonstances, avoir une nature distincte, et impliquer parfois des difficultés d'un caractère essentiellement contractuel, et parfois des controverses concernant la capacité et l'exercice des droits résultant des conventions matrimoniales, ou bien concernant la condition

[1] De Vill. et Car. 54, I, 268.

juridique des choses qui doivent être regardées comme l'objet du droit. Du reste, dans beaucoup de cas, l'application de la loi de la patrie d'origine, pour régler le développement et l'exercice ultérieurs des droits acquis par les parties en vertu du contrat conclu sous l'empire de cette loi, aurait pour résultat de porter atteinte à l'ordre public et au droit social dans le pays où les époux ont obtenu la naturalisation. Il faut, par conséquent, examiner sérieusement la nature et le caractère de chaque question particulière relative aux rapports patrimoniaux des époux naturalisés, pour décider, d'après les circonstances spéciales du cas, si on doit appliquer la loi étrangère sous l'empire de laquelle le contrat de mariage a été originairement stipulé, ou si on doit limiter l'autorité de cette loi pour des raisons d'ordre public territorial.

1027. — Les droits véritablement contractuels, c'est-à-dire ceux acquis et devenus parfaits par suite de la célébration du mariage, et en vertu soit du contrat de mariage soit de la loi fixant le régime des biens, ne peuvent pas être méconnus à la suite du changement de qualité de citoyen. Quant aux droits patrimoniaux, qui ont aussi leur fondement dans le contrat de mariage, mais qui ne doivent pas être réputés des droits parfaits et acquis, car ils doivent seulement résulter d'un événement futur, ils ne peuvent pas, lors de la réalisation de cet événement, toujours être régis par la loi de la patrie d'origine, lorsque cette réalisation se produit après la naturalisation. C'est ce qu'on peut dire notamment des droits de succession des époux résultant du contrat de mariage. Ces droits, ne devenant parfaits qu'au moment du décès, ne pourraient pas être régis par la loi du pays d'origine, si le décès donnant lieu à l'ouverture de la succession se produisait après la naturalisation; car alors on ne saurait admettre la même théorie que pour les droits contractuels et pour les droits parfaits et acquis à la suite de la célébration du mariage. En effet, il faut considérer que si le législateur de la patrie d'ori-

gine avait modifié sa loi sur les successions, il aurait avec raison soumis à ses nouvelles prescriptions impératives les époux qui se seraient mariés, alors qu'une législation différente, en matière de succession était en vigueur. On peut dès lors conclure de là, qu'il ne peut pas en être autrement si, par suite de leur naturalisation, les époux se sont eux-mêmes soumis à l'empire d'une loi nouvelle, celle de leur patrie d'élection. Ils ne peuvent pas, en effet, méconnaître les prescriptions de cette loi à l'égard de leurs droits respectifs de succession, même lorsque ces droits seraient détermines d'une façon différente aux termes de leur contrat de mariage.

Pour la même raison, on ne pourrait pas soutenir, que les facultés accordées aux époux par la loi sous l'empire de laquelle ils ont passé leur contrat de mariage, et qui n'auraient pas été exercées par eux avant leur naturalisation, pourraient l'être après en vertu du droit acquis d'après leur contrat. Ainsi, par exemple, si aux termes de la loi du pays d'origine, on reconnaissait aux époux le pouvoir de modifier leurs conventions matrimoniales, ou celle de faire des donations *constante matrimonio*, ou de stipuler la cession de certains droits patrimoniaux respectifs, et s'ils n'avaient pas usé de cette faculté avant la naturalisation, ils ne pourraient pas en user après, sous le prétexte qu'une telle faculté aurait fait partie de leurs rapports patrimoniaux. Le pouvoir d'exercer certains droits ne peut, en effet, être réputé un droit acquis, que lorsque, par suite de l'usage qui en a été fait, il en est résulté un droit parfait.

Ce serait une étrange prétention de la part de deux époux naturalisés, que de vouloir invoquer la loi de leur patrie d'origine qui a servi de base à leurs rapports patrimoniaux, pour exercer les pures facultés qui leur étaient accordées par cette loi, et dont ils ne se seraient pas prévalu avant la naturalisation, bien que la loi de leur partie d'élection soit différente. Il faut au contraire, qu'ils reconnaissent l'autorité de cette dernière législation, à laquelle ils se sont volontairement soumis par la naturalisation.

1028. — On doit décider de même à l'égard des rapports patrimoniaux des époux, qui ont plutôt trait à leur capacité qu'aux droits sur les biens qu'ils ont acquis en vertu du contrat. Quand, par exemple, les époux se sont mariés dans un pays sous le régime de la séparation de biens aux termes de la loi locale en vigueur, et que, d'après cette loi, la femme a le droit de disposer librement de ses biens paraphernaux, et qu'ensuite les mêmes époux se sont fait naturaliser dans un pays où légalement la femme ne saurait disposer de tels biens sans autorisation du mari ou du tribunal, elle ne pourrait pas invoquer la loi de sa patrie d'origine qui a réglé *ab initio* les rapports patrimoniaux entre elle et son mari, pour disposer seule de sa fortune. Bien qu'en effet il s'agisse d'une question d'un caractère patrimonial, comme elle est par sa nature une question de capacité, elle doit être résolue en conformité de loi de la patrie d'élection, pour le motif que la naturalisation, entraînant le changement du statut personnel, a pour conséquence naturelle le changement des règles impératives qui concernent la capacité des naturalisés.

1029. — Le même principe ne peut pas être appliqué sans hésitation à l'inaliénabilité des biens dotaux. Certains auteurs, et notamment Demangeat[1] ont soutenu que c'était là également une question de capacité. Quant à nous, il nous semble plus exact de dire qu'il s'agit de rapports contractuels, et nous sommes dès lors d'avis qu'on doit décider d'après la loi sous l'empire de laquelle a été passé le contrat de mariage si l'immeuble dotal peut ou non être aliéné. En effet, pour l'établissement du régime des biens, on doit admettre dans de justes limites l'autonomie des époux, et respecter les conventions stipulées entre eux en vertu de cette autonomie. Par conséquent, si on considère qu'ils pouvaient stipuler librement le régime dotal ou celui de la séparation de biens, et s'il est constant en fait qu'ils ont adopté le régime dotal en

[1] *Note* sur Foelix, T. I, § 90.

convenant, conformément à la loi sous l'empire de laquelle ils ont passé le contrat, qu'ils pourraient aliéner l'immeuble dotal, on modifierait évidemment la base de leurs rapports patrimoniaux contractuels, si, à la suite de leur naturalisation dans un pays où la dot serait déclarée inaliénable, on voulait limiter leur droit de l'aliéner suivant les conditions stipulées au contrat.

On pourrait invoquer une raison très sérieuse pour soutenir le contraire, si on voulait considérer l'inaliénabilité du fonds dotal comme inspirée par des motifs d'ordre public, suivant la conception romaine, *Reipublicæ interest mulieres dotes salvas habere.* Il faut toutefois observer qu'en droit moderne on admet également l'aliénabilité de la dot, quand elle a été stipulée dans le contrat de mariage, ou quand le magistrat en reconnait la nécessité ou l'utilité. Par conséquent, on ne saurait considérer l'inaliénabilité de la dot comme une institution d'ordre public, mais plutôt comme une mesure d'un caractère patrimonial contractuel, et on doit admettre qu'il faut observer la loi de la patrie d'origine sous l'empire de laquelle le contrat de mariage a été conclu, pour décider si le fonds dotal peut ou non être aliéné.

On peut seulement dire que, lorsque l'inaliénabilité absolue serait consacrée aux termes de la loi du contrat et que, d'après la loi de la patrie d'élection l'aliénation pourrait être autorisée par le tribunal dans les cas de nécessité ou d'utilité évidente, (ainsi que cela a lieu par exemple aux termes de l'article 1405 du Code civil italien), on devrait appliquer cette dernière loi. C'est qu'en effet, le droit attribué par la souveraineté territoriale au magistrat d'autoriser l'aliénation de la dot doit être considéré comme lui étant conféré à l'égard de toutes les personnes soumises à l'autorité souveraine, soit comme citoyens, soit comme naturalisés, et ne saurait être limité en vertu de la loi étrangère.

1030. — Etant donnés les principes que nous venons d'exposer, il y a lieu de limiter l'application de la règle

générale formulée plus haut aux seuls rapports patrimoniaux des époux qui ont le caractère de droits contractuels proprement dits, et d'admettre par conséquent que ces droits doivent être considérés comme immuables malgré la naturalisation, et doivent être déterminés et régis d'après la loi étrangère, sous l'empire de laquelle le contrat de mariage a été passé. C'est ainsi, dès lors, qu'on doit décider si le régime légal des biens doit être celui de la dotalité, de la communauté ou de la séparation de biens, et quels sont les droits respectifs acquis d'après le contrat qui a servi à établir l'un ou l'autre de ces régimes ; si le mari doit être considéré ou non comme propriétaire de la dot; si la communauté doit être réputée étendue ou non à tous les acquêts, et quels sont les biens qui doivent être compris dans le régime de la communauté, ou en être exclus.

1031. — Toutefois, en ce qui concerne ce dernier point, nous croyons utile de dire que la nature juridique et la qualification des biens pouvant avoir une valeur décisive pour décider si certains d'entre eux doivent être compris ou non dans la communauté, on ne saurait soutenir que tout puisse dépendre de la loi étrangère qui doit régir le contrat de mariage. Les droits contractuels sont régis par cette loi ; mais la condition juridique des choses qui doivent être réputées ou non comme formant l'objet du droit doit dépendre au contraire de la loi du lieu où les choses se trouvent, et d'après laquelle la nature juridique de ces mêmes choses doit être déterminée. Ainsi, si une difficulté se présentait relativement à l'entrée dans la communauté de certains biens considérés comme immeubles par la loi sous l'empire de laquelle le contrat de mariage aurait été conclu, et comme meubles par celle de la patrie d'élection où ces biens auraient été acquis, on devrait statuer conformément à cette dernière loi.

La loi du lieu du contrat de mariage devrait certainement être appliquée pour déterminer les droits des parties, c'est-à-dire pour décider si les meubles futurs devraient ou non, en

tout ou partie, entrer en communauté. Mais, pour dire au contraire, si une chose donnée, acquise sous l'empire de la loi du pays où les conjoints auraient été naturalisés, devrait être réputée meuble ou immeuble, on ne pourrait nullement méconnaître l'autorité de cette dernière loi, ni alléguer l'intention des parties présumée d'après leurs conventions matrimoniales, pour faire entrer en communauté certains biens qui devaient être réputés immeubles d'après la loi étrangère, et qui sont qualifiés meubles d'après la loi de la patrie d'élection, sous l'empire de laquelle ces choses se trouvent réellement.

Pour ce qui est du droit de disposer des choses en communauté, il faut admettre que, s'il s'agit d'une question de capacité, il faut appliquer la loi du pays où les époux ont été naturalisés, toujours en raison du principe que la naturalisation entraîne le changement du statut personnel. Au contraire, si le droit de l'un ou l'autre des époux peut-être considéré comme ayant le caractère de droit patrimonial contractuel, on doit suivre les prescriptions de la loi régulatrice du contrat de mariage. Ainsi, par exemple, on doit décider d'après cette loi si le consentement des deux époux était nécessaire pour aliéner valablement un bien commun, cette nécessité du consentement devrait continuer à exister, même lorsque la loi de la patrie d'élection disposerait en sens contraire.

On ne pourrait pas en réalité prétendre qu'il s'agirait d'une question de capacité, pour soutenir que tout devrait dépendre du nouveau statut personnel. Il s'agirait, au contraire, d'un droit patrimonial contractuel. Il est, en effet, à considérer que la validité du consentement et toutes les conditions légales pour le manifester valablement sont incontestablement des questions de capacité, soumises comme telles aux règles concernant la capacité juridique des personnes dans tous les cas où cette capacité vient à être régie par une nouvelle loi.

Au contraire, la condition convenue dans un contrat, qu'une des parties ne pourra pas faire d'actes de disposition

et d'aliénation de la chose commune sans le consentement de l'autre partie affecte directement les rapports contractuels, puisqu'elle fixe la nature et l'étendue des droits réciproques acquis à l'aide du contrat. Or, comme une loi nouvelle ne pourrait pas changer en principe la base des rapports contractuels, on ne saurait considérer la base de ces mêmes rapports, établis par les époux comme modifiée par suite de la naturalisation.

Le droit de faire cesser la communauté et de procéder au partage des biens communs doit être régi par la loi de la patrie d'élection. En effet, le partage étant un événement *ex post facto*, devrait raisonnablement être régi par la loi sous l'empire de laquelle les époux voudraient procéder à la dissolution de la communauté. Nous ajouterons en outre, que la loi originaire des rapports contractuels ne saurait être invoquée pour faire cesser la communauté au moyen de la séparation volontaire des biens, si la loi de la patrie d'élection disposait d'une façon contraire. En effet, comme cela concernerait les intérêts des tiers, ceux-ci ne pourraient pas être lésés dans leurs droits légitimement acquis à l'encontre de la communauté, ni dans leurs expectatives légitimes d'après la loi de l'Etat dont les époux seraient devenus citoyens, en admettant à cet égard l'application de la loi étrangère. Cette dernière loi conserverait toujours son autorité pour déterminer les droits respectifs des époux sur les acquêts de la communauté en cas de dissolution, et pour fixer leurs obligations respectives à l'égard des dettes, dont la communauté pourrait être grevée soit au profit du mari, soit au profit des tiers. En effet, ces droits et ces obligations, tant en ce qui concerne le mari qu'en ce qui concerne la femme, trouvent leur fondement dans leurs rapports patrimoniaux contractuels, et comme tels ils doivent être respectés.

1032. — On ne peut pas appliquer les mêmes règles dans l'hypothèse où les époux auraient adopté le régime dotal, et où on voudrait ensuite procéder à la séparation de la dot.

Soit que cette séparation puisse être admise d'après la loi de la patrie d'élection à la suite de la séparation de corps, soit qu'elle puisse l'être pour d'autres motifs, elle devrait être soumise à l'empire de cette loi, qui devrait également régir l'administration de la dot en cas de séparation. Mais, pour ce qui pourrait concerner les effets de la séparation de la dot à l'égard des droits patrimoniaux respectifs des époux, il faudrait s'en référer à la loi de la patrie originaire pour déterminer ces droits dérivant du contrat de mariage. C'est ainsi, par exemple, qu'on devrait décider la question du préciput conventionnel ou de celui qui est dû d'après la loi, sous l'empire de laquelle le contrat a été stipulé. Le préciput conventionnel doit être considéré comme un droit contractuel acquis par le fait du mariage, et en vertu du contrat ou de la loi qui a réglé *ab initio* les rapports patrimoniaux des époux. Par conséquent, si le régime dotal venait à cesser par suite de la dissolution du mariage résultant de la mort ou du divorce, on devrait décider, d'après la loi qui a présidé originairement aux rapports patrimoniaux, ou sous l'empire de laquelle le contrat de mariage a été passé, si la dot devrait ou non être restituée à celui qui l'a constituée, ou bien si on devrait attribuer le préciput convenu au mari ou à la femme. La raison en est toujours la même, c'est que le droit au préciput, aussi bien que celui du retour de la dot au constituant, doit être regardé comme un droit contractuel acquis au moment où le contrat de mariage est devenu parfait, et doit, par conséquent, être déterminé et régi par la loi sous l'empire de laquelle ce droit a été acquis. On ne pourrait pas objecter que de tels droits, devant être considérés comme conditionnels et éventuels, devraient être régis par la loi du pays dont les époux seraient devenus citoyens, et où la séparation de la dot ou la dissolution du mariage auraient lieu. C'est qu'en effet, bien que conditionnels et éventuels, ils ne peuvent pas être considérés autrement que comme des droits acquis dès le jour du contrat de mariage : ils doivent, dès lors, être régis par la loi sous l'empire de

laquelle le mariage a été célébré et les rapports matrimoniaux contractuels des époux établis.

Toutefois, pour ce qui concerne les droits des tiers sur les biens dotaux en cas de séparation ou de dissolution du mariage, ou acquis par eux d'après la loi du pays dont les époux sont devenus citoyens, ils doivent être régis par cette dernière loi, toujours par le motif que la loi territoriale, en tant qu'elle a pour but la protection des intérêts des tiers, doit toujours prévaloir, sans pouvoir jamais être limitée en vertu de la loi étrangère.

1033. — Les principes que nous venons d'exposer devraient s'appliquer, même dans l'hypothèse où la question relative au préciput du mari sur la dot en cas de prédécès de la femme ou au préciput de la femme en cas de prédécès du mari se poserait à l'occasion de la succession ouverte dans la patrie d'élection, et où l'époux survivant se trouverait en présence d'héritiers légitimes, qui voudraient faire valoir leurs droits successifs par application de la loi en vigueur dans ce pays. Sans doute, les droits successifs doivent être régis par la loi du pays où les époux ont obtenu la naturalisation et où la succession vient à s'ouvrir; mais cela en pourrait modifier les caractères substantiels du préciput dotal. En effet, s'il ne peut en être question qu'à la suite du décès et de l'ouverture de la succession, il ne saurait cependant pas être considéré comme un droit successif de l'époux survivant.

Le préciput matrimonial, consistant en effet dans l'avantage stipulé par un époux en faveur de l'autre dans le contrat de mariage en cas de prédécès, est basé sur la convention et comme tel est parfait et irrévocable. La condition de survie de l'époux au profit duquel le préciput a été stipulé est uniquement une condition suspensive. Dès lors, le préciput devant, par suite de sa nature, être considéré comme un véritable droit contractuel, conditionnel il est vrai, mais acquis comme tel par l'époux depuis le jour du contrat et devenu parfait sous l'empire de la loi qui a régi à l'origine

les rapports patrimoniaux, il est clair que c'est d'après cette loi qu'on doit résoudre toute difficulté relative aux droits d'un des conjoints sur le patrimoine de l'autre en vertu de la convention du préciput matrimonial.

1034. — Dans le régime de la séparation des patrimoines, c'est-à-dire lorsque la femme a conservé la propriété, l'administration et la jouissance de ses biens paraphernaux, les difficultés qui peuvent surgir en cas de naturalisation à l'étranger ne sont pas aussi compliquées que lorsque les époux ont adopté le régime dotal ou celui de la communauté. Il faudra, également dans ce cas, s'en référer à la loi du pays d'origine, sous l'empire de laquelle le contrat de mariage a été conclu, pour déterminer la nature et l'étendue des droits de la femme à l'égard de la propriété et de l'administration de ses biens paraphernaux. Cette loi devrait aussi être appliquée pour déterminer la responsabilité du mari à l'égard de la femme, si antérieurement à sa naturalisation elle l'avait constitué son mandataire pour administrer ses biens paraphernaux, ou bien si, en l'absence d'une procuration, elle l'avait laissé prendre en mains cette administration. Il faudrait reconnaître à ces faits le caractère des rapports contractuels et par conséquent admettre à leur égard l'autorité de la loi, sous l'empire de laquelle de tels rapports ont pris naissance. Il faudrait au contraire appliquer la loi de la patrie d'élection, si ces faits s'étaient réalisés depuis la naturalisation. En effet, le rapport contractuel dérivant soit de la procuration, soit de l'administration sans opposition, il faudrait s'en référer, soit à la loi du pays d'origine, soit à celle de la patrie d'élection, suivant que le fait se serait accompli sous l'empire de l'une ou l'autre de ces lois.

Pour ce qui est des actes qu'il pourrait être permis à la femme d'accomplir à l'égard de tels biens, c'est-à-dire de les aliéner, de les donner, ou de les constituer en garantie, avec ou sans l'autorisation du mari, comme tout devrait dépendre de sa capacité personnelle et que cette capacité

devrait être déterminée d'après la loi de la patrie d'élection, il ne pourrait pas être question d'appliquer la loi du pays d'origine.

Nous ajouterons que de même l'obligation, qui pourrait être imposée à la femme de contribuer aux charges de la famille à l'aide ses biens paraphernaux, devrait être régie par la loi de la patrie d'élection. En effet, comme il s'agit là d'une question d'ordre public relatif à la famille, il faut naturellement admettre l'autorité de la loi du pays où les époux ont été naturalisés.

1035. — Les principes, que nous avons exposés à l'égard du changement de qualité de citoyen, et qui doivent être appliqués pour résoudre les difficultés qui peuvent résulter de la naturalisation dans le système où on admet la qualité de citoyen comme décisive pour déterminer le statut de la famille, peuvent servir aussi à résoudre les mêmes questions dans le système d'après lequel la détermination du statut familial dépend du domicile conjugal. On rencontre en effet, en appliquant ce système, les mêmes difficultés à l'égard de l'autorité de la loi du lieu du domicile conjugal où le mariage a été conclu et les rapports patrimoniaux des époux établis, quand les époux transportent ensuite ailleurs ce domicile, et qu'il y a par conséquent lieu de décider si leurs rapports patrimoniaux doivent être régis par la loi de ce premier domicile ou d'après celle du nouveau.

La Cour d'appel de l'Etat de New-Jersey a admis, dans son arrêt du 25 novembre 1884, la doctrine que nous avons exposée, en en faisant une application dans le système qui prévaut aux termes du Droit américain, d'après lequel le statut de la famille dépend du domicile matrimonial.

Il s'agissait d'un Américain domicilié à Paris, où il s'était marié, qui avait ensuite transféré son domicile en Amérique. On se demandait si, en l'absence de contrat de mariage, le régime des biens devait être régi par la loi française, par le motif que les conjoints avaient établi en France leur domicile

matrimonial et s'y étaient mariés sans contrat, et si le transfert ultérieur du domicile devait être réputé suffisant pour changer le régime matrimonial établi au moment de l'union des époux. La Cour, admettant que le régime légal d'une union formée sans contrat devait être régi par la loi du domicile matrimonial, et considérant que le mariage avait été célébré en France sans contrat, et que les conjoints avaient établi leur domicile dans ce pays, en déduisit qu'il fallait admettre le régime de la communauté d'après le Code civil français comme adopté par les époux, et que tous les effets de cette communauté devaient nécessairement continuer jusqu'à la dissolution du mariage.[1]

[1] Compar. l'article de Cachard, dans le *Journal du Droit international privé*, 1885, p. 280.

§ IV.

Forme du contrat de mariage

1036. Le principe *locus regis actum* s'applique à la forme du contrat de mariage. — 1037. Avec quelles restrictions faut-il entendre cette règle. — 1038. Le contrat de mariage sous seing privé passé à l'étranger peut-il être valable ? — 1039. Valeur exterritoriale d'un contrat de mariage légalement passé sous signatures privées. — 1040. Du contrat de mariage passé à l'étranger dans les formes prescrites par la loi du pays dont les conjoints sont citoyens. — 1041. Comment, en ce qui concerne les droits sur les immeubles, doit-on observer la loi territoriale.

1036. — Le principe *locus regit actum* doit s'appliquer à la rédaction du contrat de mariage,[1] comme à celle de tout autre contrat pour tout ce qui concerne les solennités et les formes requises pour la légalité de la stipulation.

D'après certaines lois, la forme de l'acte public n'est pas indispensable pour les conventions matrimoniales. Il en est ainsi notamment en Grande-Bretagne et en Irlande, où il n'existe, à l'encontre de la France et de l'Italie, aucun régime légal des biens, et où chacun a la faculté de disposer de sa fortune par contrat de mariage de la façon qu'il lui convient le mieux. Les contrats de mariage peuvent y être légalement et y sont généralement passés sous seing privé, et ils peuvent aussi y être légalement stipulés aussi bien avant qu'après la célébration du mariage, sans être soumis à aucune formalité d'enregistrement ou de publicité. Cependant, d'après la loi irlandaise, un *memorandum* des stipulations relatives aux immeubles sis en Irlande doit être enregistré dans un délai fixé par cette même loi.

[1] Clunet, *Journal*, 1887, p. 58-66.

1037. — Toutefois, on ne saurait, par application de la règle *locus regit actum*, soutenir qu'un Italien puisse, en célébrant son mariage en Angleterre, passer un contrat de mariage conformément aux lois et aux coutumes de ce pays. Etant en effet admis que ce contrat doit être régi par la loi italienne pour tous les effets qu'il produit à l'égard d'une famille italienne, toutes les dispositions du Code civil italien relatives à ce contrat et qui ont pour but de sauvegarder les intérêts des parties, ceux de la famille et ceux du tiers doivent toujours être réputés obligatoires pour les Italiens, même quand ils s'unissent à l'étranger ou y passent leur contrat de mariage.

La disposition de l'article 1382 du Code civil italien ne peut pas être considérée comme ayant le caractère du statut réel, ni de statut des formes, mais comme ayant celui de statut de la famille. Comme telle, elle doit être regardée comme obligatoire pour les Italiens, même lorsqu'ils se marient à l'étranger. On ne peut donc pas leur permettre de se prévaloir de la *lex loci actus* pour passer leur contrat de mariage après la célébration de leur union, parce que les raisons d'intérêt public, qui ont engagé le législateur à imposer la stipulation de ce contrat avant le mariage, s'imposent partout aux Italiens. Dès lors, les parties n'auraient pas la capacité légale nécessaire pour passer valablement leur contrat de mariage après leur union, puisque la disposition de la loi à cet égard ne concerne pas la forme, mais la substance et le fond de l'acte légal.

1038. — De même, il ne nous semble pas qu'on puisse invoquer la règle des formes des actes, pour en déduire la légalité du contrat de mariage passé par acte sous seing privé en Angleterre. Etant admis, en effet, que le régime patrimonial des époux ne concerne pas seulement leurs propres droits, mais aussi ceux de la famille et des tiers qui peuvent y être intéressés; que le statut de la famille des Italiens se trouve défini par le Code civil italien, et que le législateur

italien a consacré, dans un intérêt général, la règle de la publicité des conventions matrimoniales, il est facile de comprendre que l'ensemble du système doit constituer un tout harmonieux, et qu'aussi bien les dispositions concernant la solennité de la stipulation, que celles relatives à la capacité des parties, doivent être prises dans leur ensemble, parce qu'elles forment un tout indivisible concernant tous les rapports patrimoniaux de la famille qui dérivent du mariage et qui sont établis au moyen du contrat, qui a pour objet de pourvoir à l'avenir dans l'intérêt des parties et de tout le monde.

Les mêmes raisons d'intérêt public, qui donnent à l'institution de la famille son caractère et sa physionomie propres, doivent aussi donner ce caractère et cette physionomie à tout le statut de la famille, et avoir pour effet d'exclure l'application aux conventions matrimoniales des règles de droit commun qui concernent les contrats de droit privé. C'est qu'en effet, le contrat de mariage doit toujours être considéré comme une convention *sui generis*, même en tant qu'il a pour objet de régler les rapports patrimoniaux par application de certaines règles relatives aux solennités intrinsèques requises pour qu'il puisse être passé valablement.[1]

Néanmoins, la Cour de cassation française a admis une règle différente, en décidant par son arrêt du 24 décembre 1867, qu'un contrat de mariage passé en Espagne en 1860 après la célébration du mariage, conformément à la loi alors en vigueur dans ce pays qui le permettait, devait être considéré comme valable en France, en vertu de la règle *locus*

[1] Nous pensons, contrairement à l'auteur, que les futurs époux peuvent passer, par acte sous seing privé, leur contrat de mariage dans un pays étranger où cela est permis, malgré que leur loi nationale exige l'acte authentique. En effet, comme nous l'avons déjà dit (t. I, p. 256, note 2), il est à présumer que les parties se sont conformées de bonne foi à la législation locale, et il serait exorbitant, sous le prétexte d'assurer la pleine liberté de leur consentement, de faire table rase de leur intention clairement manifestée dans les formes en usage au lieu du contrat. (Note du traducteur C. A.).

regit actum. Elle a considéré les dispositions des articles 1394 et 1395 du Code civil français comme ne constituant pas une incapacité personnelle et comme ne faisant pas partie du statut personnel qui, aux termes de l'article 3 du Code civil, suit le Français même à l'étranger, mais qu'au contraire ces dispositions ont le caractère de statut des formes. Dès lors, cette Cour, considérant que la forme des conventions matrimoniales doit être régie par la loi du lieu où le mariage est célébré et que la loi espagnole, conforme au Droit romain, autorisait les parties à stipuler les conventions après le mariage; que l'intéressé, Gaspard Potier, citoyen français, s'était marié en Espagne, et que le contrat de mariage avait été rédigé suivant la loi espagnole, admit la validité de cet acte, nonobstant la prohibition des articles 1394 et 1395 du Code civil français.[1]

Cette décision est conforme à une autre de la même Cour du 9 juillet 1855; mais elle ne nous semble pas d'accord avec les principes rationnels du droit. En effet, il ne s'agit pas de la pure forme du contrat, mais du contenu substantiel de l'acte au point de vue de la validité. Le législateur a voulu écarter le danger de l'influence décisive que l'un des époux aurait pu exercer sur l'autre, pour obtenir de lui certains avantages et l'amener à consentir des engagements, qu'auparavant il aurait probablement refusé de souscrire. Le principal motif, qui dès lors inspire ces dispositions, c'est de protéger la spontanéité du consentement et d'assurer la plus complète liberté dans la fixation du régime des biens conjugaux, afin de mieux sauvegarder l'intérêt des parties et de la famille. Or, c'est se mettre en contradiction avec la nature des choses et la *mens legislatoris,* que de vouloir placer ces dispositions sur le même pied que celles relatives aux formes extrinsèques requises pour la stipulation d'un contrat. On peut dire avec plus de raison, avec Troplong, que le contrat

[1] *Journal du Palais*, 1868, p. 303; Dalloz, 1856, I, 9; voir aussi Montpellier 25 avril 1844, *Journ. du Palais*, 45, I, 162.

de mariage est de sa nature un contrat antérieur au mariage, et que si le législateur, en reconnaissant ce caractère, l'a proclamé par la loi organisant la famille, il ne paraît pas possible de soutenir que les citoyens peuvent se soustraire à ses prescriptions impératives en se mariant à l'étranger. N'est-ce pas par là même admettre que le citoyen puisse à son gré changer la base, le caractère et la nature du statut de la famille, en invoquant la règle *locus regit actum?* Il nous paraît plus logique de ne pas étendre cette règle au delà de sa véritable portée juridique et de ne pas confondre avec la forme, la capacité, la substance et le fond des actes, tels qu'ils sont déterminés par le législateur. En effet, on arriverait à bouleverser toute l'organisation des rapports de famille de chaque pays, en permettant aux citoyens de se soustraire à l'autorité de leur propre loi lorsqu'ils ont franchi les frontières pour célébrer le mariage.

1039. — En vertu des mêmes principes généraux, on doit aussi admettre que, lorsque deux étrangers ont contracté mariage dans leur patrie et ont réglé leurs rapports patrimoniaux dans un contrat rédigé dans les formes prescrites par la loi qui y est en vigueur, ils peuvent utilement invoquer partout ce contrat pour déterminer leurs droits respectifs sur les biens qui leur appartiennent, et que les tribunaux étrangers doivent considérer cet acte comme valable, bien qu'il soit sous seing privé, contrairement à la loi locale qui exige l'acte public pour la validité des conventions matrimoniales. Il devrait en être ainsi, même dans l'hypothèse où on voudrait se prévaloir de ce contrat, pour déterminer les droits des deux époux à l'égard d'un immeuble. C'est qu'en effet les droits privés légitimement acquis par les étrangers sur les immeubles, en quelque lieu que ces biens soient situés, doivent être respectés, toutes les fois que la reconnaissance des droits et des conséquences juridiques, qui en dérivent à l'égard de la chose elle-même, ne porte pas atteinte, soit à un principe d'ordre public, soit au droit social territorial. Or, on ne

saurait dire, par exemple, que, par le seul fait que le Code civil italien dispose, à l'article 1382, que les conventions matrimoniales doivent être reçues par acte public, on doive considérer, comme contraire à l'ordre public, de regarder comme valable en Italie un contrat de mariage passé par des Anglais en Grande-Bretagne conformément à la loi de leur patrie. Même lorsque ce contrat serait invoqué par la femme ou par le mari pour faire valoir leurs droits sur un immeuble situé en Italie, on ne pourrait pas, en arguant de l'article 7 des dispositions préliminaires du Code civil italien qui dispose que les immeubles sont soumis aux lois du lieu où ils sont situés, considérer cette acte comme sans valeur, pour le motif qu'il serait sous signatures privées.

La raison de cette décision est toujours la même, c'est que la disposition de l'article 1382 du Code civil italien fait partie du statut de la famille et dès lors, ne concernant que les époux italiens, n'est pas applicable aux étrangers. Ceux-ci, en se mariant dans leur patrie, ne sont pas obligés à autre chose qu'à rédiger leur contrat d'après les lois, les usages et les coutumes de leur pays; et lorsqu'ils ont ainsi fixé le régime de leurs biens, leurs conventions doivent être considérées comme valables partout, en quelque lieu que leurs biens soient situés. On ne peut dès lors pas considérer comme contraire à l'ordre public et au droit social de reconnaître l'autorité du statut familial étranger. En effet la règle relative aux immeubles ne saurait modifier celle concernant l'autorité du statut de la famille à l'égard des droits privés des parties. On ne pourrait pas objecter que cela porterait atteinte aux intérêts des tiers; car, les droits des conjoints étrangers sur leurs biens devant être déterminés par la loi de leur patrie, c'est à cette loi qu'on doit se référer pour pouvoir connaître et fixer la nature et l'étendue de ces mêmes droits. Par conséquent on ne pourrait pas invoquer l'ordre public pour soutenir que les étrangers, par le seul motif qu'ils possèdent un immeuble en Italie, devraient être soumis à la loi italienne, qui n'a à leur égard aucune autorité

impérative, et qu'ils devraient être réputés tenus de passer leur contrat de mariage conformément aux dispositions d'une loi, à laquelle ils ne sont pas juridiquement soumis.

Toutes ces raisons nous engagent à penser qu'on doit regarder comme valable, même à l'égard du tiers, un contrat de mariage sous seing privé passé entre Anglais en Grande-Bretagne sans aucunes formalités, ni publicité, aussi bien après qu'avant le mariage. En effet, c'est la loi anglaise qui constitue le statut de la famille à l'égard des citoyens anglais, et comme d'après cette loi le contrat ainsi dressé est valable, on ne peut pas considérer comme contraire à l'ordre public, d'admettre l'autorité du statut de la famille étrangère à l'égard des personnes soumises à ce statut.

Il va de soi, que si le contrat pouvait, d'après la loi du pays des conjoints, être attaqué pour inobservation de formalités postérieures et complémentaires, comme par exemple, l'enregistrement dans les termes prescrits par cette loi, et si, en outre, cet acte n'avait pas été préalablement légalisé et visé par le Consul et le Ministre des Affaires étrangères, il ne pourrait pas être opposé utilement aux tiers; mais que, lorsque toutes ces formalités auraient été régulièrement accomplies, les tiers ne pourraient pas en méconnaître l'efficacité.

1040. — Nous croyons utile d'examiner une autre hypothèse, celle de deux étrangers qui, en se mariant en Italie ou en France, auraient réglé le régime de leurs biens par un contrat rédigé dans les formes prescrites par la loi de leur patrie. Tel serait par exemple le cas de deux époux anglais, qui après leur union en Italie passeraient un contrat de mariage sous seing privé.

Nous avons déjà dit dans la partie générale, qu'en vertu d'une règle de droit privé international coutumier, on admet que deux étrangers citoyens du même Etat peuvent dans la rédaction d'un acte observer les formes prescrites par la loi de leur patrie. Cette règle, expressément consacrée par le

législateur italien dans l'article 9 des dispositions préliminaires du Code civil, doit être réputé en principe comme basée sur la nature et sur la raison des choses, en vertu desquelles on a admis la règle *locus regit actum*. D'après cette dernière règle, il est permis aux citoyens de suivre, pour la rédaction des actes, les formalités prescrites par la loi territoriale de préférence à celles, de la loi de leur patrie, en raison de l'impossibilité ou pour le moins de la difficulté d'observer exactement les formalités du pays étranger. Comme c'est là un privilège, on ne saurait rendre obligatoire à leur encontre la règle *locus regit actum*, qui doit toujours rester pour eux une prescription facultative, en ce sens qu'ils peuvent, à leur gré, suivre les formalités de la loi territoriale ou celles de la loi de leur patrie. Ces principes doivent surtout être appliqués à la forme du contrat de mariage qui, ainsi que nous l'avons dit, à l'égard des formes de l'acte, est régi par le statut de la famille.

Sans doute deux Anglais qui se marient en Italie peuvent, conformément à la loi locale, passer un contrat de mariage par acte public devant notaire. Personne en effet, ne pourrait les empêcher de renoncer librement au privilège de régler le régime de leurs biens par acte sous seing privé. Mais on ne peut pas par contre prétendre, en vertu de la règle *locus regit actum*, leur interdire de passer leur contrat de mariage autrement que par acte public; car on échangerait d'une façon substantielle le caractère de cette règle, en la rendant obligatoire, tandis qu'elle doit être considérée comme facultative.

Etant donné que la qualité de citoyen détermine l'état juridique de chaque personne et ses rapports avec son statut personnel, et que le statut personnel suit partout chaque personne, *personam sequitur sicut umbra corpus*, il est évident que les citoyens du même Etat qui se trouvent en pays étranger doivent avoir la pleine faculté d'observer les prescriptions de la loi de leur pays et de s'y conformer quand ils y passent un acte. En effet, l'observation de la loi territoriale à l'égard des

formes constitue pour eux un privilège et non une obligation juridique.

Partant de ces principes, nous soutenons que le contrat de mariage passé par deux Anglais en Italie doit être réputé valable, même lorsqu'il n'est pas reçu avant le mariage par acte public devant un notaire conformément à l'article 1382 du Code civil italien.

Nous basons cette opinion sur la raison qu'aux termes des lois, usages et coutumes de la Grande-Bretagne et de l'Irlande, toute personne est libre de disposer de sa fortune par contrat de mariage de la façon qui lui convient le mieux. Aucun régime légal des biens des époux n'est déclaré obligatoire par les lois de ces pays, et le contrat peut être passé légalement sous seing privé aussi bien avant qu'après le mariage. Il n'est pas nécessaire que ce contrat soit publié, mais seulement qu'un *memorandum* soit enregistré pour les effets de l'acte à l'égard des immeubles. Or, puisque les étrangers citoyens de la même patrie peuvent se conformer exclusivement à leur loi nationale et que le législateur italien leur a expressément réservé cette faculté, non seulement en admettant que l'état, la capacité et les rapports de famille doivent être régis à l'égard des étrangers par la loi de l'Etat auxquel ils appartiennent (art. 6, disposit. génér., C. civ. italien), mais encore en disposant qu'ils ont la faculté de suivre à l'égard des formes la loi de leur patrie, quand elle est commune aux deux contractants (art. 9. id.), on comprend comment, dans notre hypotèse, le contrat sous seing privé doit être réputé valide et efficace.

1041. — Il va de soi que, si un tel contrat impliquait la transmission des droits sur les immeubles situés en Italie, il faudrait également observer les dispositions de la loi italienne. Ainsi, la transcription serait indispensable, si les parties avaient convenu un transfert quelconque de droits réels sur un immeuble situé en Italie. Il en serait de même de l'inscription, si on avait stipulé à l'égard du même immeuble quelque garantie réelle sous forme de gage ou d'hypothèque.

pour sauvegarder les droits respectifs des époux. Dans aucun de ces deux cas, le contrat ne pourrait pas être valable, tant à l'égard des parties qu'à l'égard des tiers, indépendamment de la transcription ou de l'inscription légalement prise d'après la loi italienne. Mais, au contraire, pour ce qui pourrait être du régime des biens indépendamment de telles conséquences, le contrat devrait être réputé valide et efficace, parce que les époux anglais, ayant préféré comme ils en avaient le droit, se soumettre complètement à la loi de leur pays, cette loi, devrait seule servir à déterminer la nature, la légalité et la forme de rédaction du contrat.

Tout cela ne pourrait être attaqué par les tiers qui auraient par la suite des rapports d'intérêt avec les époux. En effet ce qui est conforme aux principes du droit international privé ne constitue pas pour les étrangers une faveur, à laquelle on puisse déroger au profit des citoyens. D'autre part, ces derniers ne devant jamais ignorer qu'ils sont tenus de se référer à la loi étrangère pour savoir exactement la situation des deux époux Anglais, s'ils traitaient avec ceux-ci sans avoir pris les informations nécessaires pour protéger leurs intérêts, ils devraient s'imputer à eux-mêmes comme une faute d'avoir été surpris dans leurs espérances par la fausse supposition que les époux anglais devaient observer les dispositions du Code civil italien pour la stipulation de leur contrat de mariage.

Nous croyons utile de faire remarquer que les règles que nous venons d'exposer concernent le contrat de mariage dans les rapports de Droit civil. Nous traiterons en son lieu des rapports qui peuvent en résulter en Droit commercial. Ainsi l'étranger, qui est autorisé à exercer le commerce en Italie, doit se soumettre aux dispositions du Code de commerce relatives à la publication du contrat de mariage.

CHAPITRE II

DE LA VENTE.

1042. Division de la matière.

1042. — La vente[1] est un contrat consenuel et synallagmatique, par lequel quelqu'un s'oblige à transmettre, pour un prix déterminé, la propriété d'une chose à une autre personne, qui s'oblige à son tour à en payer le prix fixé.

Nous avons cru utile de traiter sous ce titre de la cession des créances et des actions, parce que c'est là aussi une vente, quand elle est faite moyennant un prix déterminé en argent; mais nous en avons traité dans un paragraphe distinct, parce que cette opération est soumise à des règles propres. — Toute la matière sera donc ainsi divisée:

§ I. — *Conditions requises pour la validité du contrat.*
§ II. — *Obligations du vendeur.*
§ III. — *Obligations de l'acheteur.*
§ IV. — *Résolution de la vente.*
§ V. — *Rescision pour cause de lésion.*
§ VI. — *Cession des créances et d'autres droits.*

[1] On emploie indifféremment les mots *vente* ou *achat*, pour caractériser le contrat qui résulte de l'achat et de la vente, parce que, comme l'a dit Donon, l'achat et la vente ne constituent pas deux conventions, dont l'une puisse exister indépendamment de l'autre, mais sont deux éléments du même et unique contrat, ce qui explique que ces deux mots sont employés indistinctement pour désigner cette opération. *Sic nec posita venditione aliud intelligere possumus quam venditionem huic adjunctam* (Donellus, *Ad titul.* XXXVII, *De contrahenda empti. et vendit.*)

§ I.

De la loi qui doit régir les conditions requises pour la validité de la vente.

1043. — En quelque pays que le contrat puisse être conclu, la transmission de la propriété de la chose vendue, étant l'objet propre de l'obligation du vendeur, doit être réputée en dehors de l'autonomie des parties, *nemo potest videri eam rem vendidisse de cujus dominio id agitur, ne ad emptorem transeat; sed hoc aut locatio est, aut aliud genus contractus.*[1]

Les controverses relatives à ce contrat peuvent naître dans l'hypothèse où la loi, sous l'empire de laquelle les parties ont contracté, est différente de celle du pays où l'exécution doit avoir lieu, et où il s'agit de déterminer comment l'une ou l'autre loi doit exercer son autorité à l'égard des obligations réciproques des parties contractantes et à l'égard des actes que

[1] L. 80, § 3, Dig., *De contrahenda emptione*, XVIII, I.

l'une ou l'autre de ces parties doit accomplir pour l'exécution du contrat, et finalement à l'égard des conséquences juridiques qui peuvent naître de ce contrat lui-même, ou à l'occasion de l'exécution de la convention, et non seulement dans les rapports personnels des contractants, mais aussi dans ceux des tiers qui pourraient avoir des droits sur la chose objet de la vente.

1044. — La capacité des personnes qui peuvent acheter et vendre doit dépendre de la loi à laquelle chacune d'elles doit être soumise. La vente, étant en effet un acte par lequel le propriétaire de la chose en dispose, peut être valablement conclue par quiconque en est capable d'après la loi nationale, et cette capacité ne peut pas être modifiée par l'effet de la *lex rei sitæ*, quand il s'agit d'un immeuble. On ne doit pas dès lors considérer comme applicables aux étrangers les restrictions, qui se trouvent consacrées par la loi territoriale qui défend à certaines personnes d'acheter ou de vendre. C'est ainsi, par exemple, qu'on doit décider à l'égard des incapacités qui se trouvent formulées dans les articles 1457 du Code civil italien et 1596 du Code civil français à l'égard des tuteurs et des administrateurs. Elles ne sont pas applicables aux étrangers qui voudraient aliéner un immeuble situé en Italie ou en France, comme si elles avaient pour objet la disponibilité des biens et constituaient comme telles une loi réelle. Il faudrait au contraire s'en tenir à la loi personnelle et, considérant ces dispositions comme de la catégorie de celles qui établissent une incapacité spéciale basée sur les rapports de famille ou sur les rapports personnels, admettre qu'elles sont obligatoires pour les seuls citoyens soumis à l'autorité de la loi, en quelque lieu que soient situés les biens qu'ils voudraient acheter ou vendre. En ce qui concerne les étrangers, qui voudraient aliéner ou acheter un immeuble situé en Italie ou en France, on devrait appliquer leur loi personnelle, aussi bien lorsqu'elle étendrait, que lorsqu'elle restreindrait l'incapacité spéciale édictée dans les articles précités.

Vainement, on objecterait que ces dispositions doivent être réputées d'ordre public; car, tout en reconnaissant qu'elles ont été inspirées par des motifs sérieux d'intérêt public à l'égard des personnes soumises à l'empire de la loi, on ne peut pas soutenir qu'elles doivent s'appliquer aux étrangers pour des raisons d'ordre public. En effet, le droit social ne pourrait pas être considéré comme atteint dans le cas où des personnes capables de vendre et d'acheter aux termes de leur loi personnelle useraient de cette capacité dans un pays, où se trouverait en vigueur une loi contraire à l'égard de cette capacité spéciale.

Nous ne sommes pas entièrement d'accord sur ce point avec Laurent[1], qui soutient que, non seulement les incapacités générales telles que celles qui frappent les mineurs, les interdits et les femmes mariées, mais les incapacités que la loi édicte à l'égard de certains contrats sont une dépendance du statut personnel, et qu'on ne peut faire aucune différence entre les unes et les autres au point de vue de la loi qui doit les régir.

1045. — L'article 1456 du Code civil italien consacre la règle traditionnelle de droit commun, admise également dans l'article 1594 du Code civil français, qu'il est permis de vendre et d'acheter à toutes les personnes auxquelles la loi ne le défend pas. Dans l'article 1457, le législateur italien dispose ensuite que « ne peuvent être acheteurs, même aux « enchères publiques, sous peine de nullité du contrat, ni « directement, ni par personnes interposées, le père, des biens « des fils soumis à sa puissance; les tuteurs, les protuteurs « et les curateurs, des biens des personnes soumises à leur « tutelle, protutelle ou curatelle ».

Cette probibition devra-t-elle être regardée comme impérative même pour les étrangers?

[1] *Droit civil international*, T. VIII, § 134 et suiv. Compar. Brocher, *Dr. internati. privé*, T. II, §§ 188 et suiv.

fils soumis à sa puissance. Or, cette incapacité n'existe d'après le Code civil français qu'à l'égard du père et de la mère qui ont l'administration légale des biens de leurs enfants, et comme les incapacités de contracter sont de la plus stricte interprétation, on a jugé en France que la vente entre les père et mère et leurs enfants est valable pour le seul motif que le Code français ne la défend pas.[1] On ne pourrait donc pas soutenir que, s'agissant d'un immeuble situé en Italie, l'achat fait par le père français de cet immeuble appartenant à l'enfant soumis à sa puissance devrait être déclaré nul en vertu de la disposition de l'article 1457 précité du Code civil italien, et que le père français ne pourrait pas invoquer sa propre loi personnelle pour soutenir la validité de la vente, bien qu'on dût la considérer cette vente comme valable d'après le Code civil français, parce que cela aurait pour résultat une dérogation à une loi préhibitive italienne concernant les personnes. C'est qu'en effet la disposition prohibitive consacrée par le législateur italien dans l'article 1457 du Code civil ne concerne pas les Français, et c'est parce qu'elle ne les concerne pas qu'on ne saurait voir aucune dérogation à ce texte dans le fait, que le père français invoque l'autorité et l'application de sa propre loi personnelle contraire à la loi italienne pour conclure à la validité de la vente.

Si au contraire, s'agissant d'un immeuble situé en France qu'un père italien aurait acheté, ce dernier voulait soutenir la validité de la vente, pour le motif qu'aux termes de l'article 3 du Code civil français les immeubles sont régis par la loi française, et que d'après cette loi il n'existe aucune incapacité pour le père d'acheter les biens de son enfant soumis à sa puissance, on pourrait faire une juste application de la règle formulée dans l'article 12 des dispositions générales du Code civil italien. Comme en effet les lois personnelles régissent l'état et la capacité juridiques des citoyens même dans les pays étrangers, l'Italien ne pourrait pas invoquer la

[1] Colmar, 15 novembre 1808.

législation étrangère pour déroger à la loi prohibitive qui le concerne, en d'autres termes à la disposition de l'article 1457 du Code civil italien qui lui interdit d'acheter les biens de son enfant soumis à sa puissance. Cette prohibition établit une incapacité spéciale, qui frappe le père italien partout où il accomplit l'acte d'achat et en tout pays quelconque où se trouvent situés les biens : il invoquerait vainement une loi étrangère pour y déroger.

1047. — De là il résulte, qu'à l'égard des incapacités spéciales des personnes qui peuvent acheter et vendre, il faut s'en tenir exclusivement à leur loi personnelle. En effet, comme nous l'avons démontré, l'ordre public territorial ne peut pas être atteint par suite de l'application d'une loi personnelle qui règle la capacité de vendre et d'acheter d'une façon différente de la loi territoriale.

En généralisant ces principes, nous soutenons qu'on ne pourrait pas interdire à des époux italiens l'achat et la vente d'un immeuble situé en France, par le seul motif que ce contrat ne serait pas permis aux termes de l'article 1595 du Code français ; mais que d'autre part, on devrait défendre la vente par application du même article à des époux français, bien que la prohibition n'existât pas aux termes du Code italien.

Outre les incapacités fondées sur l'état et les rapports personnels, il peut en exister d'autres, que nous qualifierons d'objectives, en ce sens qu'elles ont pour effet d'interdire la vente pour des raisons basées sur la nature des choses et sur l'immoralité intrinsèque du fait juridique. Telle est par exemple, à notre sens, celle qui est consacrée par le législateur italien à l'article 1458, qui est conforme à l'article 1597 du Code civil français, et d'après laquelle les juges, les officiers du ministère public, les greffiers, les avocats, les avoués et les notaires ne peuvent devenir cessionnaires de procès, droits et actions litigieux, qui sont de la compétence du tribunal dans le ressort duquel ils exercent leur juridic-

tion. Cette prohibition doit être considérée comme d'ordre public, parce qu'elle est motivée par l'immoralité intrinsèque du fait juridique, et elle devrait être appliquée même dans l'hypothèse où les avocats ou les avoués seraient devenus cessionnaires d'un immeuble litigieux ou de créances litigieuses dans un pays où se trouverait en vigueur une loi différente.

1048. — A l'égard des choses qui peuvent être ou non vendues, en d'autres termes qui sont ou non dans le commerce, il faut naturellement se référer à la *lex rei sitæ*, parce que la condition juridique des choses, soit mobilières, soit immobilières, doit être déterminée d'après la loi du lieu où elles se trouvent actuellement.

Toutefois, il peut se faire que le contrat soit conclu dans un pays où la vente d'une chose déterminée est valable, alors que cette chose se trouve dans un autre pays où cette même convention est nulle en raison de l'objet. Dans cette hypothèse, il faudrait distinguer ce qui concerne la validité de l'obligation contractuelle de ce qui concerne la transmission valable de la propriété de la chose vendue.

1049. — Etant donné que l'objet propre de la vente consiste dans la transmission à l'acheteur de la propriété de la chose vendue en échange d'un prix déterminé ou susceptible d'être déterminé, qu'il s'oblige à payer, il est clair qu'il ne peut y avoir de transmission et d'acquisition de la propriété, que lorsque la chose peut être aliénée. Or, comme c'est d'après la *lex rei sitæ* qu'on doit décider si la chose vendue est ou non susceptible d'être aliénée, il en résulte que le contrat doit être régi par cette même loi pour ce qui concerne la condition juridique de la chose. Par conséquent, si on vendait une chose dans un pays où la vente en serait permise, et si la chose se trouvait en réalité dans un autre pays où elle serait déclarée hors du commerce, il est clair que le contrat devrait être réputé sans cause en raison de la condi-

tion de l'objet aux termes de la *lex rei sitæ*. On ne pourrait cependant pas soutenir que l'obligation ainsi contractée devrait être considérée comme absolument nulle dans les rapports des parties contractantes, si aux termes de la *lex loci contractus* l'obligation de procurer la chose à l'acheteur pouvait subsister comme contrat *sui generis* ou comme contrat innommé. C'est qu'en effet, tout en admettant la nullité de la transmission de la propriété, on pourrait néanmoins reconnaître au contrat une valeur juridique aux termes de cette loi, sous l'empire de laquelle il est devenu parfait.

Ces principes peuvent trouver leur application, par exemple, dans le cas où la convention pourrait subsister comme promesse de vente et donner lieu à une action en dommages et intérêts.

1050. — Supposons, par exemple, que le vendeur ait aliéné la chose appartenant à un tiers. Indubitablement, quelle que puisse être la disposition de la loi contractuelle, le tiers propriétaire ne pourrait subir aucune diminution de son droit de propriété qu'aux termes de la loi de la situation de la chose. Toutefois si, eu égard au caractère et à la nature de la convention d'après la loi du lieu où elle a été passée, elle pouvait être considérée comme un contrat innommé, en vertu duquel le vendeur devrait être considéré comme obligé, non pas de transmettre à l'acheteur la propriété de la chose appartenant à un tiers, mais de l'en rendre propriétaire après qu'il en aurait lui-même acquis la propriété, et si cette convention était admise aux termes de la loi du lieu du contrat, nonobstant l'impossibilité de remplir l'obligation contre le gré du tiers, l'engagement du vendeur pourrait être valable et donner lieu à des dommages et intérêts.

Pour résoudre toute difficulté en cette matière, il faut bien distinguer ce qui concerne le droit réel de propriété de ce qui a trait à l'obligation personnelle et à l'action *ex empto*. La validité et la nullité du droit réel eu égard à la condition juridique de la chose et, ainsi que nous l'exposerons plus

loin, eu égard aux autres conditions légales requises pour son existence et l'efficacité de ce droit, doivent être régies par la *lex rei sitæ*. Au contraire, l'obligation personnelle et l'action *ex empto* doivent l'être par la *lex loci contractus*.

Dès lors, tout en maintenant le principe que c'est d'après la *lex rei sitæ* qu'on doit décider si la chose peut être transmise, cédée, vendue, nous soutenons néanmoins qu'il faut toujours se reporter à la *lex loci contractus* pour décider si la convention, eu égard à sa nature, aux circonstances et à l'intention des parties, peut avoir une valeur juridique *sui generis*, et pour déterminer la nature et l'étendue de cette même obligation, en d'autres termes pour dire si elle peut être réputée une obligation de faire, et si elle peut servir de base à une action en dommages et intérêts.

1051. — C'est d'après ces principes qu'on doit résoudre la question relative à la validité de la vente des billets des loteries étrangères. Les lois de plusieurs Etats étrangers disposent que les valeurs sous la forme d'obligations de loteries ne peuvent être négociées que sauf autorisation du gouvernement. Il faut dès lors considérer ces valeurs comme de la catégorie de celles qui d'après la loi peuvent être déclarées hors du commerce, et il est hors de doute que lorsque la vente en est opérée dans un pays où elle est interdite par la législation, elle doit être considérée comme nulle. C'est la juste conséquence du principe, que c'est uniquement d'après la loi territoriale qu'on doit déterminer les choses qui sont dans le commerce et hors du commerce. On ne pourrait pas appliquer la loi du propriétaire du billet de loterie, parce qu'il ne s'agit pas d'une question de capacité régie par le statut personnel, mais de la condition juridique des choses qui peuvent faire l'objet de la vente, et qu'on ne saurait contester en cette matière l'autorité de la loi territoriale.[1]

[1] Voir Tribunal de la Seine 18 juin 1885 (Sirey, 86, 2, 165) ; Poitiers 12 novembre 1866; Douai, 6 août 1883; Clunet, *Journal*, 1884, p. 190;

La question la plus controversée à cet égard, tant en doctrine qu'en jurisprudence, est celle de savoir si le contrat relatif aux billets de loteries étrangères conclu dans un pays où il ne serait pas interdit par la loi pourrait donner lieu à une action judiciaire dans un autre pays où la loi interdirait la vente des billets des loteries étrangères.[1] La cour de Paris a décidé qu'on ne pourrait pas exercer devant les tribunaux français l'action en paiement d'un billet de loterie étrangère, bien que l'engagement eût été conclu dans un pays où il n'était pas interdit par la loi.[2] Au contraire, le tribunal de New-York a admis que l'action intentée dans cette ville, où la vente des billets de loterie est interdite, pour obtenir le paiement d'un billet acheté dans le Kentucky où cette vente est permise, pouvait être valablement exercée, et ce sans distinguer si l'obligation devait être exécutée à New-York ou dans le Kentucky, et il s'est déclaré compétent pour condamner l'acheteur au paiement.[3] Wharton rapporte d'autres décisions conformes à celle-ci[4]

Ce n'est pas ici pour nous le lieu d'examiner à fond cette controverse de la compétence des tribunaux et de la recevabilité de l'action judiciaire : nous noterons seulement que, quelle que soit la façon dont on veuille résoudre la question de la validité de la vente et celle de l'action judiciaire tendant à obtenir l'exécution du contrat, lorsque le vendeur s'adresserait au tribunal à seule fin d'obtenir le paiement du prix d'un billet de loterie qu'il aurait vendu, le magistrat pourrait accueillir l'action et

Paris 25 mars 1870, Dalloz, 1870, 2, 165 ; Vincent, *Revue pratique de Droit international privé*, V° *Loterie*.

[1] Paris 25 juin 1829 (Sirey, 1829, II, 351) ; Bruxelles 19 juillet 1890 ; Trib. de l'Empire d'Allemagne, 15 novembre 1883 (*Journal du droit international privé*, 1884, 325 ; Compar. la 1re édition de cet ouvrage, 1869, § 282 ; Laurent, Droit civil *international*, T. VIII, § 113 ; Massé, *Droit commercial*, n° 570 ; Vincent, *Loc. cit. passim* ; Weiss. *Droit international privé*, 2e éditi. p. 171.

[2] 25 juin 1829, cit.

[3] Story, *Conflict of Laws*, § 258.

[4] Wharton, *Conflict of Laws*, § 487 et suiv.

condamner le débiteur. On devrait alors en effet appliquer la règle qui a été formulée par Huber à propos de la vente d'une chose hors du commerce exécutée et accomplie dans un Etat où elle est prohibée, lorsque le vendeur se présente devant les juges non pour soutenir la validité de la vente et pour en obtenir l'exécution forcée, mais pour réclamer le paiement du prix. *Si clam*, dit cet auteur, *fuerunt venditæ merces in loco ubi prohibitæ sunt, emptio vunditio non valebit ab initio, nec parit actionem quocumque loco instituatur, utique ad traditionem agendam, sed si traditione facta pretium solvere nollet emptor, non tam contractu quam re obligaretur, quatenus cum alterius damno locupletior fieri vellet.*[1]

1052. — Il peut arriver que l'impossibilité pour le vendeur de transmettre la propriété de la chose vendue soit le résultat d'un fait postérieur. C'est ce qui aurait lieu si, dans le temps qui s'écoule entre la vente et la tradition de la chose vendue, cette chose avait été déclarée hors du commerce par la *lex rei sitæ,* tandis qu'auparavant elle était aliénable, ou si le fisc avait exproprié la chose pour cause d'utilité publique, ou bien si elle avait péri en totalité ou en partie. Tout cela pourrait influer sur l'exécution du contrat et sur l'efficacité de la vente, en tant qu'elle a pour but la transmission de la propriété. Il faudrait s'en référer à la loi de la situation de la chose, pour apprécier l'existence du fait juridique survenu et l'impossibilité de transmettre la propriété. Mais, à l'égard des rapports contractuels ou des obligations personnelles contractées par les parties et de l'action *ex empto*, il faudrait toujours observer la loi du lieu du contrat. Toute question doit constamment être examinée, en appliquant les règles que nous formulerons pour déterminer l'autorité de la loi qui doit régir la substance de l'obligation et l'autorité de celle qui doit présider à l'exécution, de façon à apprécier comment ces deux lois peuvent influer sur les conséquences du contrat en cas d'inexécution.

[1] Huber, *De conflictu legum*, lib. I, tit. III, § 55.

1053. — En ce qui concerne la substance de l'obligation, il faut décider en principe que tout doit dépendre de la loi du lieu du contrat, et cela en vertu de la règle générale que, lorsque deux personnes contractent sous l'empire d'une loi donnée, on doit admettre que, par suite d'un accord tacite, elles entendent se référer à cette loi pour tout ce qui n'est pas expressément déclaré par elles. *Semper in stipulationibus et in cæteris contractibus id sequimuer quod actum est. Unde si non appareat quod actum est, consequens erit, ut id sequamur quod in regione in qua actum est frequentatur.*[1]

Au contraire, pour tout ce qui concerne l'accomplissement du contrat, c'est-à-dire *l'id quod in obligatione est,* il faudra observer la loi du lieu de la prestation de la chose due, c'est-à-dire la *lex rei sitæ.* Cette loi devra aussi régler tous les effets qui peuvent résulter du mode d'exécution de la vente.

On doit conclure de ces deux principes, qu'il faut décider d'après la loi du lieu du contrat, si la vente doit être réputée simple ou conditionnelle, au comptant ou à crédit, en masse ou au poids, au nombre, à la mesure, ou à l'essai, parfaite ou sous condition suspensive. C'est aussi d'après cette loi, qu'on doit déterminer le droit que peut avoir l'acheteur d'exiger l'exécution du contrat ou la réparation du *damnum emergens* et du *lucrum cessans* et de l'obligation contractée par le débiteur de livrer la chose ou de réparer le dommage résultant du défaut de livraison. Au contraire, pour tout ce qui a trait au mode d'opérer la livraison, il faudra se référer à la loi du lieu de la situation de la chose.

Pour mieux mettre en lumière ces deux principes, il sera nécessaire d'examiner en détail les difficultés, qui peuvent surgir chaque fois qu'il faudra préciser l'autorité de la loi du lieu du contrat et la loi de la situation de la chose à l'égard des obligations du vendeur et de l'acheteur.

[1] L. 55, Dig., *De regul jur.*

§ II.

De la loi qui doit régir les obligations du vendeur.

1054. Examen de la question de la substance de l'obligation à l'égard du vendeur. — 1055. Comment faut-il distinguer la substance de l'obligation dans les rapports personnels avec l'acheteur, à l'égard des droits sur la chose objet de la vente. — 1056. Application des mêmes principes à la vente d'objets mobiliers. — 1057. Loi régulatrice de la tradition. — 1058. Loi qui doit régir la livraison de la chose de la part du vendeur. — 1059. Points de vue différents sous lesquels peuvent-être envisagés le fait de la livraison de la chose et la détermination de la loi qui doit la régler. — 1060. Le vendeur peut-il être contraint d'opérer la tradition. — 1061. Du délai. — 1062. De l'interpellation pour la mise en demeure. — 1063. De l'impossibilité de livrer la chose. — 1064. Choses accessoires à l'égard desquelles on peut admettre l'obligation de la livraison. — 1065. Comment doit-on déterminer la quantité de la chose vendue. — 1066. Des frais occasionnés par la livraison. — 1067. Influence de la question des risques sur le point de décider à qui doivent incomber les frais de transport. — 1068. Obligation de la garantie imposée au vendeur. — 1069. Autorité de la loi du lieu du contrat et de la loi de la situation de la chose en cas d'éviction. — 1070. Loi qui doit servir à déterminer la nature de l'action en garantie et le délai pour l'exercer. — 1071. Influence de la loi de la situation de la chose sur l'obligation de garantie. — 1072. De la garantie des vices et défauts cachés de la chose.

1054. — La première difficulté, qui peut surgir en ce qui concerne la substance de l'obligation du vendeur, peut dépendre de la façon différente de comprendre l'objet propre du contrat de vente. Dans le système législatif où on considère la transmission immédiate de la propriété comme l'objet substantiel de ce contrat, on a pu admettre que l'obligation directe du vendeur doive consister à transmettre la propriété de la chose vendue à l'acheteur, et que, par conséquent, celui-ci acquière de droit la propriété de cette chose au moment où on est tombé d'accord sur la chose et sur le prix, bien que la tradition n'ait pas encore été opérée, ni le prix

versé. C'est là un principe qui se trouve consacré dans le Code civil Italien, par l'article 1448, qui est conforme à l'article 1583 du Code civil français.

Au contraire, dans l'autre système, où on ne considère pas comme une condition substantielle de la vente le transfert du *jus in re*, mais où on regarde comme indispensable pour ce transfert la tradition, l'obligation du vendeur a pu consister dans la prestation de la chose vendue au moyen de la livraison de cette chose. On a pu dès lors admettre que la substance de l'obligation doive consister dans la livraison de la chose ou dans le paiement des dommages et intérêts, et que le droit de l'acheteur soit celui de contraindre le vendeur à livrer la chose, à lui céder le droit de propriété ou à lui payer des dommages et intérêts. Ainsi, dans ce second système, la substance de l'obligation serait le jus *ad rem*, et dès lors la vente serait un contrat, en vertu duquel naitraient des rapports purement personnels d'obligation entre les deux parties contractantes.

Ceci posé, et étant donné que le contrat soit conclu dans un pays et que la chose se trouve sous l'empire d'une loi différente de celle du lieu de ce contrat, on devra appliquer cette dernière loi seulement pour ce qui concerne la substance de l'obligation à l'égard des rapports personnels des parties; mais il faudra s'en rapporter uniquement à la loi de la situation de la chose pour ce qui concerne l'existence du droit réel. C'est par conséquent d'après la loi de la situation de la chose qu'on devrait décider, si la tradition est ou non substantielle pour la transmission de la propriété.

1055. — Si par conséquent la vente a été conclue en Italie, on ne pourrait pas soutenir que le vendeur a pu, en vertu de la loi du lieu du contrat, acquérir le droit de propriété à l'égard de l'acheteur au moment où il est tombé d'accord avec ce dernier sur la chose et le prix, lorsque, par exemple, la chose se trouve en Autriche, où l'acquisition de la propriété

ne peut s'opérer que par la tradition de la chose vendue,[1] qui demeure dans le patrimoine du vendeur jusqu'à ce que cette tradition ait eu lieu.

Tout ce qui concerne les modes généraux d'acquisition des droits réels doit, en principe, être exclusivement régi par la loi territoriale. Or, comme le Code autrichien (art. 425 et 1053) dispose que la propriété et tous les droits réels ne peuvent s'acquérir que par la tradition, on invoquerait vainement la loi du lieu du contrat en opposition avec la loi de la situation de la chose.

Si, au contraire, il s'agissait de décider si la chose achetée doit ou non rester aux risques de l'acquéreur ou du vendeur depuis le moment où le contrat est devenu parfait et indépendamment de la tradition, le vendeur pourrait avec raison se référer à la loi italienne, si la vente avait été conclue en Italie. Ce serait en effet d'après la loi du lieu du contrat, qu'en l'absence de stipulation expresse ou de circonstances dont on puisse induire la volonté des parties, que devrait être tranchée la question des risques.

Il est en effet à noter, que cette question est dans le domaine de l'autonomie des parties, qui peuvent convenir expressément que les risques de la chose doivent incomber au vendeur jusqu'à la livraison, ou à l'acheteur depuis le moment où les parties sont tombées d'accord sur la chose et le prix. Mais si rien n'a été convenu à ce sujet et si les circonstances ne peuvent fournir aucun élément d'appréciation, comme il s'agit de la substance de la convention dans les rapports purement personnels des parties contractantes, on pourrait avec raison appliquer l'article 1125 du Code civil italien[2] et dire que la chose doit demeurer aux risques et périls de l'acheteur, bien qu'elle se trouve sur le territoire autrichien. Il ne s'agirait pas alors de la transmission de la propriété, mais de rapports personnels dérivant d'un contrat, et la loi

[1] Art. 1053 C. civil autrichien.
[2] Compar. art. 1138 C. civil français.

sous l'empire de laquelle l'engagement devient parfait doit toujours être considérée comme un élément intégrant de la substance de l'obligation, en raison de la libre soumission des parties à cette loi.

Il faut dès lors décider en principe, que la substance de l'obligation du vendeur doit être régie par la loi contractuelle seulement pour ce qui concerne les rapports purement personnels des parties, mais qu'au contraire la transmission de la propriété de la chose doit être régie par la *lex rei sitæ*. Par conséquent, si la loi de la situation de la chose consacre le principe du Droit romain, *traditionibus et usu capionibus dominia rerum non nudis pactis transferuntur*,[1] l'acheteur, nonobstant les dispositions contraires de la loi du lieu du contrat, aurait seulement l'action personnelle contre le vendeur et ses héritiers, l'action *ex empto*. *Ex iis prædiis quæ mercata es, si aliqua a venditore obligata, nec dum tibi tradita sunt : ex empto actione consequeris, et ea a creditore liberentur.*[2] L'acheteur pourra, dès lors, exiger que le vendeur lui livre la chose, ou bien qu'il lui paie des dommages et intérêts.[3]

1056. — Le principe que nous venons de poser doit s'appliquer aussi bien aux meubles qu'aux immeubles. En effet, les meubles doivent être également soumis à l'empire de la *lex rei sitæ* toutes les fois qu'ils se trouvent en un lieu fixe. Par conséquent si, aux termes de la loi de la situation, la tradition était réputée substantielle pour la transmission de la propriété des meubles, on devrait les considérer comme étant demeurés la propriété du vendeur jusqu'au moment de cette tradition : ils pourraient dès lors être saisis par un créancier du vendeur, en dépit d'une vente conclue dans un pays étranger où la tradition ne serait pas exigée pour la transmission de la propriété. Il en serait de même lorsque le

[1] L. 20, Cod., *De pactis*, II, 3.
[2] L. 5, Cod., De evict., VIII, 45.
[3] *Actio empti non praetium continet tantum sed omne quod interest* emptoris (L. 44, Dig., i. f., XIX, I.).

propriétaire serait personnellement soumis à la loi du lieu du contrat. Vainement on objecterait que les meubles devant, par suite d'une fiction juridique, être considérés comme étant toujours au domicile du propriétaire, *a quo legem situmque accipiunt*, la transmission de la propriété de ces choses devrait être régie par la loi personnelle du propriétaire et qu'on devrait par conséquent en considérer la transmission comme valable lorsque la tradition ne serait pas requise par la loi personnelle du vendeur.

Nous avons déjà dit comment on doit entendre l'antique adage, *mobilia ossibus personæ inhærent, mobilia non habent sequelam*, et nous avons démontré qu'il peut prévaloir uniquement dans l'hypothèse où les meubles ne se trouvent pas en un lieu donné et ne sont pas comme tels soumis à la *lex rei sitæ*, mais qu'on ne saurait exclure l'empire de la loi territoriale sur les choses mobilières qui ont une assiette fixe.

Supposons, par exemple, qu'un Italien ait vendu en Italie à un autre Italien toutes les marchandises qui se trouvent dans ses magasins à la Nouvelle-Orléans. L'acheteur ne pourrait pas prétendre, qu'en vertu de la loi italienne, qui, dans notre espèce, est celle sous l'empire de laquelle les parties se sont obligées et à laquelle le propriétaire est personnellement soumis, les choses vendues soient devenues sa propriété en vertu des dispositions de la loi italienne. En effet, la tradition étant, aux termes de la loi de la Louisiane, indispensable pour la transmission de la propriété des meubles, l'acheteur invoquerait vainement la loi italienne pour soutenir que les choses sont devenues immédiatement sa propriété.

Par conséquent, les choses vendues, devant être réputées dans le patrimoine du vendeur jusqu'au jour de la tradition, un créancier de ce même vendeur pourrait exercer sur ces objets tout droit lui appartenant sur le patrimoine de son débiteur. Dès lors l'acheteur invoquerait vainement la règle *mobilia non habent sequelam*, pour dire que les choses, devant être considérées comme soumises à la loi personnelle du propriétaire, devraient être réputées dans son propre patri-

moine en conformité de la loi italienne, et non plus dans celui du vendeur, qui s'en serait dessaisi en vertu d'une vente parfaite dès le jour du contrat. En effet, on peut invoquer contre cette argumentation la règle plus exacte, que les meubles qui ont une assiette fixe sont soumis à l'empire de la loi territoriale et que le propriétaire ne saurait invoquer sa loi personnelle contraire à la *lex rei sitæ*.

Si on suppose au contraire que le propriétaire ait vendu ces mêmes marchandises alors qu'elles étaient en cours de route pour la Nouvelle-Orléans, l'acheteur pourrait prétendre qu'il est devenu propriétaire en vertu de la loi italienne. En effet, la marchandise qui voyage sur mer ne peut pas être considérée comme se trouvant sur le territoire de l'État auquel elle est destinée avant d'être arrivée au lieu de destination, et ne peut pas auparavant être soumise à la loi en vigueur en ce lieu. C'est alors qu'on pourrait appliquer l'adage *mobilia ossibus personæ inhærent*, parce que la marchandise qui voyage ne peut être réputée sur le territoire d'aucun État, mais doit être considérée comme se trouvant au domicile du propriétaire. Par conséquent, si ce dernier pouvait par l'endossement du connaissement transférer la propriété de la marchandise, l'acheteur l'acquerrait ainsi, et son droit ne pourrait pas être invalidé pour défaut de tradition, par le seul motif que le navire arriverait dans un port où, d'après la loi territoriale, la tradition serait requise pour la transmission de la propriété des meubles.

1057. — Il est clair que les modalités de la tradition aussi bien des meubles que des immeubles doivent être réglées par la *lex rei sitæ*, qu'on doit appliquer exclusivement pour décider si et quand certains actes peuvent équivaloir à la tradition, et quels sont les éléments dont cette même tradition résulte légalement.

1058. — Maintenant, nous allons parler de la livraison de la chose considérée en elle-même. Elle constitue l'élément

principal de l'obligation du vendeur dans tous les systèmes législatifs, bien qu'elle ne produise pas les mêmes effets à l'égard de la transmission de la propriété. Nous examinerons, en d'autres termes, la livraison dans sa conception générale, c'est-à-dire comme un acte à l'aide duquel le vendeur exécute l'obligation résultant de la vente, et consistant à mettre l'acheteur en possession de la chose vendue et à lui garantir cette chose.

Cette obligation dérive de la nature même du contrat de vente : elle se trouve admise uniformément dans toutes les lois et ne peut prêter à aucune incertitude sur la valeur juridique de l'obligation considérée en elle-même Les controverses en cette matière, dans l'hypothèse où le contrat de vente peut tomber sous le coup de lois de pays différents, naissent à l'occasion des modalités de la livraison et des conséquences qui peuvent résulter du retard, et a aussi, à l'occasion, des droits qui peuvent appartenir à l'acheteur pour contraindre le vendeur à faire la livraison, ainsi, qu'à l'occasion, des exceptions que peut opposer le vendeur et des actions possessoires auxquelles il peut recourir pour la protection de ses intérêts.

1059. — Quand le contrat de vente a été conclu dans un pays, et que la livraison de la chose doit avoir lieu dans un autre pays qui est régi par une loi distincte, il faut analyser le fait juridique de la livraison et bien distinguer les deux points de vue sous lesquels il peut et doit être considéré. Il peut être considéré d'une part au point de vue de l'obligation résultant du contrat de vente, dont il constitue l'exécution, et peut être d'autre part regardé comme un fait existant par lui-même et qui représente l'*onus conventionis*, c'est-à-dire l'exécution. Or, le rapport de la livraison avec la loi du lieu de contrat et celle du lieu de l'exécution doit être déterminé en ayant égard aux deux points de vue, sous lesquels la livraison peut être envisagée.

Etant admis en principe que tout ce qui concerne la

nature et la substance des obligations réciproques qui dérivent de la vente doit être régi par la *lex contractus*, il en résulte que, pour statuer sur tout droit appartenant à l'acheteur en échange de l'obligation contractée par le vendeur, on doit appliquer la loi du lieu du contrat.

Ainsi, on doit déterminer d'après cette loi quelle doit être l'étendue de l'obligation de la livraison ; quelle est la quantité de la chose à livrer, et quelles conséquences peuvent résulter des variations de la quantité exprimée dans le contrat ; comment et quand l'excédent ou le manque de la chose que le vendeur s'oblige à livrer peuvent donner naissance au droit de résilier le contrat, ou d'obtenir seulement un supplément de prix.

Il faudra également se reporter à la loi du lieu du contrat pour déterminer la divisibilité ou l'indivisibilité de la chose qui doit être livrée, pour dire comment doit être opérée la livraison de la chose divisible vendue à plusieurs acheteurs, et comment elle doit avoir lieu en cas de vente solidaire.

Tout cela concerne la livraison en tant que fait juridique en relation avec l'objet de l'obligation contractée par le vendeur et doit être régi par la *lex loci contractus*. C'est en effet d'après cette loi, qu'il faut déterminer la substance et l'étendue de l'obligation, bien que les actes propres à en opérer l'exécution doivent s'accomplir sous l'empire de lois différentes.

Au contraire, la livraison considérée comme *onus conventionis*, c'est-à-dire en tant que fait existant par lui-même, et comme l'exécution ou le complément du contrat, doit être régie par la loi en vigueur au lieu où elle est ou devrait être réalisée. Nous décidons ainsi en vertu du principe général que : *Ea quæ ad complementum vel executionem contractus spectant, vel absolute eo superveniunt, solere a statuto loci dirigi, in quo peragenda est solutio.*[1] Il faut admettre, en vertu de ce principe, qu'on ne doit pas seulement appliquer la *lex loci*

[1] Burgundius, *Tract.* 4, n° 29.

solutionis pour déterminer comment et avec quelles formalités la tradition doit être accomplie, mais aussi pour décider si l'acheteur peut demander et obtenir la livraison forcée de la chose, ou être autorisé à en prendre possession par la force, quand cette chose existe encore et n'est pas devenue la propriété des tiers.

1060. — Même si, d'après la loi du lieu du contrat, l'acheteur avait le droit de contraindre le vendeur à l'accomplissement de la vente d'une façon spécifique, il ne pourrait cependant pas se prévaloir de ce droit, si la loi du lieu où la livraison doit être opérée consacrait la régle, *nemo cogi potest ad traditionem.* C'est qu'en effet, pour exproprier de force le vendeur qui refuse la livraison, il faudrait l'autorisation du magistrat, qui ne peut incontestablement pas, par application d'une loi étrangère, permettre à l'acheteur de déposséder le vendeur, s'il s'agit d'une chose mobilière, et de l'expulser du fonds, s'il s'agit d'un immeuble. Cela serait contraire à l'intérêt public et à la règle générale, en vertu de laquelle ce qui concerne les actes coercitifs et l'acquisition de la possession doit être soumis à l'empire exclusif de la *lex rei sitæ*. L'acheteur pourrait toujours s'en référer à la loi du lieu du contrat pour toutes les conséquences qui en dériveraient, et requérir d'après elle toute indemnité à raison du dommage qu'il viendrait à subir; mais il ne pourrait pas l'invoquer pour obtenir l'exécution forcée de l'obligation du vendeur.

1061. — On peut, en vertu du même principe, admettre que si la loi du lieu de l'exécution permettait au magistrat d'accorder au vendeur un bref délai pour opérer la livraison de la chose vendue, l'acheteur devrait se soumettre à cette disposition légale, même lorsqu'elle serait en opposition avec la loi du lieu du contrat, qui consacrerait le principe que la vente est résolue de plein droit à défaut de livraison de la chose dans le temps fixé quand il n'a été accordé aucun délai. Le vendeur pourrait toujours repousser l'action résolutoire

en se prévalant de la sentence du magistrat territorial qui, relativement à la concession d'un délai pour la livraison, aurait une autorité décisive à l'égard du mode d'exécution de la vente.

Il est aussi à noter à cet égard que si, aux termes de la loi du lieu du contrat, le vendeur pouvait obtenir du juge un délai équitable pour la livraison, cet avantage devant être réputé comme un élément de la substance de l'obligation, il ne pourrait pas en être privé, si la loi de la situation de la chose disposait autrement. Nous décidons ainsi, parce que l'ordre public territorial ne peut subir aucune atteinte par le fait que les parties invoquent la loi étrangère pour préciser l'étendue de l'obligation réciproque qu'ils ont contractée sous l'empire de cette loi.

1062. — On doit toutefois appliquer la *lex rei sitæ* pour décider si l'interpellation au vendeur doit être réputée requise pour le mettre en demeure, et dans quelle forme cette interpellation doit être faite pour avoir une valeur juridique. Ainsi, par exemple, c'est d'après cette loi qu'on doit dire si une lettre doit suffire, ou bien si un acte formel est indispensable pour établir la mise en demeure. C'est qu'en effet, l'intimation faite au vendeur constitue un mode d'exécution, et qu'on ne pourrait pas, dès lors, invoquer la maxime, *dies interpellat pro homine*, consacrée par la loi du lieu du contrat, dans l'hypothèse où l'expiration du terme ne serait pas suffisante d'après la loi de la situation de la chose pour mettre légalement le vendeur en demeure de livrer l'objet vendu.

1063. — On devra, en outre, dans le cas où le vendeur est tenu en vertu du contrat de répondre de la chose nonobstant la force majeure ou le cas fortuit, décider en conformité de cette même loi s'il peut invoquer l'évènement de force majeure comme une impossibilité de fait concernant la livraison pour

être excusé,[1] et si l'impossibilité de livrer la chose vendue doit être considérée comme la conséquence de son fait,[2] d'après la règle ainsi formulée par Voët : *Hinc ratione effectus et complementi ipsius contractus spectatur ille locus in quem destinata est solutio, et quoad modum, mensuram. usuras, negligentiam, etc., et moram post contractum initum accidentem, referendum est.*[3]

Nous devons répéter, qu'en cette matière de la livraison et du défaut de livraison dans le temps convenu, il faut toujours distinguer les deux points de vue sous lesquels le fait juridique peut être envisagé. Ainsi, par exemple, pour décider si le vendeur est tenu de la faute lourde, de la faute légère ou seulement du dol; si l'acheteur, en cas de défaut de livraison, a le droit de se procurer les objets acquis et d'exiger du vendeur le remboursement de la différence entre le prix convenu et le prix payé pour l'acquisition; et enfin pour statuer sur tout ce qui concerne l'action en vue d'obtenir l'*id quod interest* il faut appliquer la loi du lieu du contrat. Au

[1] La force majeure exonère en principe le vendeur à raison du retard à livrer la chose vendue. Il convient toutefois, pour qu'un fait puisse être considéré comme une force majeure, d'apprécier toutes les circonstances pour décider s'il peut ou non être mis au nombre des obstacles absolument invincibles et inévitables. Cette appréciation doit avoir pour base les circonstances de fait, en tenant compte du lieu où l'événement qui a occasionné le retard s'est produit, et l'examen de toutes ces circonstances doit être laissé à la prudence du magistrat. La jurisprudence a admis que la grève des ouvriers employés dans une industrie ne peut pas constituer un cas de force majeure de nature à exonérer le débiteur de l'accomplissement de ses obligations et que par conséquent le vendeur ne peut pas être déchargé de l'obligation des dommages et intérêts à l'égard de l'acheteur, auquel il n'a pu livrer la quantité de la marchandise vendue à raison de la grève des ouvriers, parce que cet événement ne saurait être considéré comme un obstacle absolument invincible et inévitable, tandis que la reprise des travaux dépend en substance de l'acquiescement des patrons aux exigences des ouvriers en grève. (Voir en ce sens, Caen 25 août 1875, *Gazette des tribunaux* 15 octobre 1875; tribunal de Nantes 13 mars 1875, *Jurisprudence commerciale*, 1875, p. 237).
p. 787.

[2] Compar. Cass. française 4 janvier 1882, *France judiciaire*, 1881-1882,

[3] Voët, *De statut.*, § 9, cap. 2, p. 270, Comparez Bordeaux, 3 juin 1872; Dutruc, *Dictionnaire du contentieux commercial*, V° *Vente*, n° 241.

contraire; pour ce qui est de la constation du défaut de livraison et des formalités requises pour établir légalement le retard et pour fixer la valeur de la chose vendue, il est nécessaire de se reporter à la loi de la situation de la chose.

1064. — En ce qui concerne les choses accessoires, qui peuvent être considérées comme comprises dans la vente, nous dirons que, comme la quantité stipulée dans le contrat doit être considérée comme un élément de l'objet de l'obligation, elle doit être déterminée d'après la loi sous l'empire de laquelle les parties se sont obligées. Toutefois, il faut avant tout, à cet égard, tenir compte de la volonté expresse des parties, et en outre de leur intention déduite du contexte de l'acte et du but que les contractants se sont proposé d'atteindre. Les difficultés en cette matière ne pourraient pas naître à l'égard des accessoires indispensables à la destination de la chose vendue ainsi qu'à l'usage et à la jouissance actuels de cette chose, mais seulement à l'égard de certains accessoires extrinsèques, ce dans l'hypothèse où ils pourraient être compris dans le contrat ou en être exclus d'après des usages et des coutumes différentes aux termes de la loi du lieu du contrat et de celle du lieu de l'exécution. Ainsi, par exemple, on peut se demander si on doit réputer vendus avec le fonds, les animaux employés à la culture, les instruments ruraux et les fumiers, *sterquilinium et strumenta*, et tout ce que le propriétaire a placé dans les fonds et établissements vendus pour servir à la culture et à l'exploitation.

Il nous semble que, comme tout doit dépendre de l'intention des parties, on ne saurait soutenir avec la rigueur des principes la prépondérance de la loi de la situation de la chose ou de la loi du lieu du contrat. Par conséquent, lorsque l'intention ne saurait être induite des circonstances, le contrat doit être interprété toujours à l'avantage de l'acheteur et contre le vendeur suivant les règles des jurisconsultes romains.[1]

[1] L. 39, *De pactis,* Dig. II, XIV; L. 21, 33, *De contrah. empti.*, Dig., XVIII, 1: L. 172, pr., *De Regul. jur.* Dig., XVII.

Quand un propriétaire a vendu un établissement ou un fonds sans réserve aucune, on doit entendre qu'il a voulu aliéner en même temps tous les accessoires qui, eu égard à l'utilité de la chose ou aux usages, peuvent être réputés compris dans cette chose aux termes de la loi de la situation, et qu'on ne pourrait invoquer la loi du lieu du contrat pour exclure aucun de ces objets accessoires, parce qu'il appartenait au vendeur de faire les réserves qu'il jugeait utile, s'il entendait déroger aux usages locaux et exclure ces mêmes objets.

1065. — On doit en outre appliquer la loi du lieu du contrat pour déterminer l'obligation du vendeur à l'égard de la livraison de la chose selon la quantité convenue au contrat, quand il y a lieu de se demander si la vente doit être réputée faite en corps ou en masse, ou bien au poids ou à la mesure, et qu'il s'agit d'établir à ce sujet l'intention des parties qui sont citoyens de différents pays. Toutefois, en admettant que la vente d'un fonds situé à l'étranger soit faite à la mesure, on pourrait élever des contestations au sujet de cette mesure, étant donné qu'elle ne soit pas identique au lieu du contrat et à celui de la situation de la chose. Il nous semble qu'on devrait admettre l'opinion des auteurs qui, considérant le mesurage comme un acte distinct de la vente, soutiennent que la chose doit être mesurée, non, d'après la mesure courante au lieu du contrat, mais d'après celle en usage au lieu de la situation. Nous admettons cette opinion, parce qu'il nous semble que le mesurage doit être considéré surtout comme un mode d'exécution, et que par conséquent les parties ont dû naturellement porter leur attention sur la pratique en usage au lieu où la chose vendue devait être livrée et mesurée.[1] Toutefois, il pourrait résulter

[1] Nous pensons, contrairement à l'auteur, qu'en principe, la mesure qui doit servir à déterminer la quantité de la chose devrait être, non pas celle de la situation de cette chose, mais celle du lieu du contrat. C'est qu'en effet, quand les parties ont employé le terme courant servant à désigner l'unité de mesure en usage dans le pays où ils ont conclu la vente, il

des circonstances qu on dût admettre une règle différente.

Cette opinion soutenue par Savigny[1] est également celle de plusieurs anciens jurisconsultes. *Si res immobiles*, dit Voët, *ad certam mensuram debeantur, et ea pro locarum diversitate, varia sit, in dubio solvi debent juxta mensuram loci in quo sitæ sunt.*[2] De même Dumoulins s'exprime ainsi : *Stantibus mensuris diversis, si fundus venditur ad mensuram, vel affermatur, vel mensuratur, non continuo debet inspici mensura quæ viget in loco contractus, sed in dubio debet attendi mensura loci in quo fundus debet metiri et tradi et executio fieri.*[3]

Cette règle trouve sa plus juste application en ce qui concerne les ventes de choses mobilières, à l'égard desquelles la mesure, comme un acte d'exécution, doit être régie par la loi du lieu où les marchandises doivent être livrées. Nous avons dit cependant qu'il peut résulter des circonstances, qu'on doive appliquer une règle différente. Si, par exemple, les parties, bien que citoyens de divers Etats, avaient passé le contrat de vente dans un pays où elles sont toutes deux domiciliées, et si la mesure indiquée dans ce pays différait de celle du lieu de la situation et de la livraison de la chose, il faudrait présumer qu'elles ont employé le langage qui leur est le plus familier et qu'elles ont voulu désigner la mesure courante à leur domicile plutôt que celle du lieu de la situation ou de la livraison de la chose vendue. On peut en outre supposer qu'une seule des parties soit domiciliée au lieu de la stipulation du contrat

est vraisemblable qu'elles ont dû arrêter leur volonté réciproque sur cette unité de mesure, et non sur celle du pays de la situation de la chose, qui n'a de commun avec elle qu'une dénomination identique. Toutefois, à notre sens, la présomption contraire devrait prévaloir, si le vendeur et l'acheteur étaient tous deux citoyens de l'Etat sur le territoire duquel se trouverait la chose, parce qu'il serait plus vraisemblable qu'ils ont voulu parler de l'unité de mesure en usage dans leur pays où la livraison doit s'opérer. (Note du traducteur (A.).

[1] *Traité de Droit romain*, T. VIII. § 374.

[2] Voët, *De statutis*, lib. XLVI, tit. III, n. 8; de Boullenois, *Observ.* 46; Choppin, *Opera de feudis*, t. II, lib. II, tit. III, n. 10; Burge, *Comment.*, 2e partie, ch. 9.

[3] Molineus, *Com. ad Cod.*, L. I, tit. I, T. III, concl., *De statut.*

et qu'elle ait employé de bonne foi le langage qui lui est le plus familier. Quand, dans cette hypothèse, on peut induire des circonstances, que l'autre partie ne pouvait pas ignorer la mesure courante au lieu de la stipulation, et qu'elle s'est approprié l'indication exprimée dans la langue en usage en ce lieu, on doit préférer aussi la loi du lieu du contrat conformément à la règle du Droit romain, *quæ sunt moris et consuetudinis in bonæ fidei judiciis debent venire.*[1]

1066. — Les frais occasionnés par la livraison de la chose vendue doivent, en principe, demeurer à la charge du vendeur, puisqu'ils concernent l'exécution de l'obligation qu'il a contracté. Pour ce qui est des frais de transport, on ne peut pas poser de règle générale; mais on doit s'inspirer des circonstances, pour décider s'ils doivent être supportés par le vendeur ou par l'acheteur. Quand il n'a rien été stipulé formellement, et qu'on ne peut induire des circonstances l'intention présumée des parties, il faut appliquer les dispositions de la loi du lieu du contrat. A supposer, par exemple, que le contrat ait été passé en Italie, il faudrait admettre que les seuls frais de la livraison devraient être supportés par le vendeur et que ceux du transport devraient rester à la charge de l'acheteur, et ce, en vertu de l'article 1467 du Code civil italien: Il en serait de même si la vente avait été conclue en France, où une règle identique est formulée dans l'article 1608 du Code civil. En effet, en l'absence d'une stipulation expresse, on ne pourrait pas soutenir que les frais de transport dussent rester à la charge du vendeur, parce qu'ils seraient un élément de l'exécution. Nous avons démontré que la substance de l'obligation doit être régie par la loi du lieu du contrat, et dit, qu'aux termes du Code civil italien, la propriété des choses vendues est transmise et acquise par l'effet du consentement légitimement manifesté, et que la chose demeure aux risques et périls de l'acquéreur, bien que la tradition n'en ait pas été

[1] L. 31, Dig., *De ædilit. edict*. XXI, I.

opérée (art. 1125).[1] Il faut déduire de là que les frais résultant de l'emballage et du transport de la marchandise, du lieu où elle se trouvait lors de la vente, à celui où il plaît à l'acheteur de l'avoir, doivent être considérés comme faits dans l'intérêt de cet acheteur et ne sauraient être regardés comme une exécution de l'obligation du vendeur. Dans tous les cas il faut appliquer la règle des jurisconsultes romains, *semper in stipulationibus et in cæteris contractibus id sequimur quod actum est. Unde si non appareat quod actum est conequens erit ut id sequamur quod in regione, in qua actum est, frequentatur.*[2] et admettre qu'on doit s'en référer à la loi du lieu du contrat.

Il faut incontestablement laisser à la charge du vendeur tous les frais nécessités pour effectuer la livraison, et dès lors ceux de facture et de feuille de voiture. On peut en effet considérer ces faits comme l'équivalent d'une tradition réelle ou symbolique. Il doit en être de même des frais de pesage et de mesurage, qui sont indispensables pour opérer la livraison. En cas de doute sur l'étendue de telles dépenses d'exécution, il faudra s'en tenir aux usages et aux coutumes du lieu de l'exécution de l'obligation du vendeur, et cela en vertu des principes généraux, que dans les contrats on doit considérer comme stipulées les clauses qui sont d'usage et qu'en ce qui concerne la livraison on doit présumer que les parties ont entendu se référer aux règles consacrées par l'usage et la coutume au lieu où le vendeur doit exécuter son obligation. On devrait, par exemple, décider ainsi en ce qui concerne les frais de déchargement, et pour savoir quels sont ceux de ces frais qui doivent rester à la charge tant de celui qui doit supporter les frais de transport que de celui qui doit effectuer la livraison. C'est d'après cette règle notamment, qu'on devra dire, en cas de difficulté, si le transport est terminé par le fait du dépôt des marchandises sur le comptoir ou n'est accompli que par leur transport jusqu'au lieu où doit être opérée la livraison.

[1] Compar. art. 1138. C. civ. français.
[2] L. 35, Dig., *De regul. juris.*

1067. — Tout ce que nous venons de dire à l'égard des frais de transport et de livraison, nous l'avons soutenu en partant de l'idée que, d'après la loi du lieu du contrat, les choses vendues pourraient être considérées comme étant aux risques et périls de l'acheteur. Il faut du reste, prendre en sérieuse considération cette question des risques pour trancher, en l'absence de clauses expresses, la question de savoir qui doit supporter les frais de transport. Par conséquent on devrait aboutir à des conclusions tout à fait différentes si, d'après la loi du lieu du contrat ou d'après l'intention des parties, soit exprimée formellement soit résultant des circonstances, on pouvait soutenir que les choses vendues devraient être aux risques et périls du vendeur. Ainsi, même dans le système du Code civil italien, quand il s'agit de marchandises non vendues en masse, mais au poids, au nombre ou à la mesure, ces choses demeurent aux risques du vendeur, tant qu'elles n'ont pas été pesées, comptées ou mesurées.[1] Dans ce cas, comme l'accomplissement de l'obligation du vendeur et la perfection du contrat se réaliseraient au lieu où les marchandises doivent être pesées, comptées ou mesurées, on devrait considérer le transport comme un élément de l'accomplissement de l'obligation contractée par le vendeur, et les frais devraient par conséquent rester à la charge de celui-ci.

Il faut dès lors, pour résoudre toute question, discerner attentivement ce qui peut être regardé comme un élément de l'exécution de l'obligation. Quiconque contracte une obligation est tenu de faire tout ce qui est indispensable pour l'exécuter, et de supporter les frais nécessaires dans ce but. Dès lors, on doit admettre en principe que les frais du paiement sont à la charge du débiteur.

Ceci posé, s'il s'agissait, comme nous l'avons dit, de marchandises vendues au poids, au nombre ou à la mesure, qui se trouveraient en Italie et devraient être livrées à l'étranger,

[1] Compar. art. 1585, Code civil français.

aux termes de l'article 1450 du Code civil italien, la vente ne deviendrait parfaite, en tant que les choses demeureraient aux risques du vendeur, que lorsqu'elles auraient été pesées, comptées ou mesurées. Etant donné que ce vendeur aurait pris l'engagement de les livrer en pays étranger, il devrait supporter tous les frais d'exécution de cette obligation, et par conséquent, non seulement ceux de transport, mais encore ceux qui pourraient être nécessaires pour la transmission de la propriété et pour la livraison de la marchandise. On devrait donc y comprendre aussi les taxes de douane, qui sont également nécessaires pour l'exécution de l'obligation contractée par le vendeur d'opérer la livraison dans le pays de l'acheteur.

Si au contraire les marchandises avaient été vendues en masse, sans avoir égard au poids, au nombre ou à la mesure et si une fois le prix fixé, il avait été convenu que pour déterminer la quotité du prix, on aurait égard au poids ou à la mesure des marchandises vendues, on devrait considérer comme à la charge du vendeur les seuls frais de mesurage, de comptage ou de pesage. Quant à tous les autres frais, ils seraient supportés par l'acheteur, qui serait devenu propriétaire de la marchandise, dont tous les risques auraient été à sa charge depuis le moment de la conclusion de la vente.

1068. — L'obligation de garantie imposée au vendeur a deux objets. Le premier concerne la possession paisible de la chose vendue, le second le fait que la chose soit propre à l'usage complet auquel elle est destinée. Dès lors, il faut que la chose soit exempte de vices ou défauts cachés. La garantie relative au premier objet concerne la responsabilité en cas d'éviction. Celle relative au second objet est généralement dénommée garantie des vices ou défauts cachés de la chose vendue.

On peut dire en général, que la garantie dérive de la nature de l'obligation elle-même. En effet quiconque contracte une obligation est tenu, sous sa propre responsabilité, d'en assurer

l'exécution. Du reste, les lois déterminent l'obligation de garantie résultant de la vente au moyen de règles spéciales. Comme d'autre part les contractants peuvent accroître ou diminuer cette obligation au moyen de stipulations particulières, et convenir par exemple que le vendeur ne devra en être tenu d'aucune manière, il faut à cet égard admettre l'autonomie des contractants. C'est donc seulement lorsqu'ils n'ont rien stipulé expressément, qu'on peut se demander si on doit appliquer la loi du lieu du contrat ou celle du lieu de la situation de la chose vendue. Cette question doit être résolue en tenant compte de l'intention des parties, parce que les dispositions législatives qui ont trait à la garantie en cas d'éviction ne peuvent pas être considérées comme faisant partie du statut réel ni du statut personnel, de façon à ce qu'on puisse prétendre appliquer l'un de préférence à l'autre. Dès lors, on doit induire cette intention d'après les principes généraux des obligations.

1069. — Or, pour déterminer l'autorité de la loi du lieu du contrat et celle de la loi de la situation de la chose, il faut noter que l'éviction peut être envisagée d'une part comme une question purement de fait, quand elle est considérée comme une circonstance extérieure dont provient le trouble à la possession paisible, et d'autre part comme une question de droit pour ce qui concerne l'obligation qui peut ou non incomber au vendeur de réparer à l'égard de l'acheteur tout dommage qu'il peut éprouver à la suite des troubles juridiques, qui l'empêchent d'avoir la jouissance paisible de la chose.

L'autorité de la loi de la situation de la chose peut être admise pour tout ce qui concerne l'éviction au premier point de vue; mais on doit reconnaître celle de la loi du lieu du contrat pour tout ce qui la concerne sous le second. Il faut en effet décider d'après la loi du lieu où la chose existe, s'il y a ou non trouble juridique à la possession ; si l'acheteur a fait légalement ce qu'il pouvait et devait faire pour défendre

sa possession paisible; si le trouble provient d'une cause antérieure à la vente ou d'une cause postérieure, ou bien d'un fait volontaire de l'acheteur lui-même.

Supposons, par exemple, que l'acheteur soit évincé par un créancier hypothéquaire du vendeur qui aurait pris inscription depuis la vente et avant que l'acheteur n'ai fait transcrire son acte conformément à la loi de la situation de la chose. Dans cette hypothèse, comme l'acheteur est tenu d'observer les dispositions de la loi territoriale pour établir sa propriété à l'égard des tiers, il est clair que, pour décider s'il a ou non fait ce qu'il devait à cet égard, et si l'éviction peut être considérée comme un fait juridique provenant d'une cause antérieure ou postérieure à la vente, et si la responsabilité doit en incomber au vendeur ou à l'acheteur comme conséquence d'une omission volontaire de la part de de ce dernier, il faudrait appliquer la loi de la situation.[1]

C'est seulement après la solution de la question de fait, qu'on peut résoudre celle de savoir si le vendeur est ou non tenu à la garantie, et comment et sous quelles conditions il doit réparer le dommage causé. Toute difficulté en cette matière devra être résolue par application de la loi du contrat, parce que tout ce qui concerne la substance de l'obligation résultant de la vente doit être régi par cette loi, et que dès lors c'est d'après elle qu'on doit statuer à l'égard de l'obligation de garantie, de l'étendue et des effets de cette même obligation. *Si fundus venierit ex consuetudine ejus regionis in qua negotium gestum est, pro evictione caveri oportet.*[2] Par conséquent, on devra décider d'après cette loi si l'obligation de garantie elle considérée comme existant de plein droit : si on doit distinguer suivant que le vendeur ou l'acheteur sont de bonne foi ou de mauvaise foi; si la garantie doit ou non s'étendre à toute forme de privation de la pleine jouissance; si elle peut exister même à l'égard

[1] Voir le paragraphe suivant.
[2] L. C. Dig., *De evictione*, XXI, 2.

des servitudes dont le fonds vendu serait grevé et qui n'auraient pas été expressément déclarées dans le contrat; si l'existence de telles servitudes non déclarées fait naître l'obligation d'indemnité ou le droit pour le vendeur de demander la résolution de la vente; si le droit de l'acheteur doit consister à exiger la restitution du prix ou la réparation du dommage, et si ce droit peut subir certaines modifications dans l'hypothèse où l'acheteur a acquis de mauvaise foi.

1070. — On devra en outre appliquer la *lex loci contractus* pour décider relativement à la nature de l'action qui appartient à l'acheteur et au délai pour l'exercer. Ainsi, par exemple, à supposer qu'il y ait un ou plusieurs vendeurs, ou que le vendeur ait laissé plusieurs héritiers, on devra décider suivant la loi du lieu du contrat sur la divisibilité ou l'indivisibilité de l'action de l'acheteur, et dire s'il a le droit de l'exercer contre l'un des vendeurs ou des héritiers, ou s'il doit les attaquer tous, et dans quelles proportions les héritiers peuvent être tenus à la garantie de la chose sujette à l'éviction, à la restitution du prix et à la réparation du dommage. La nature de l'action dépend, en effet, de la substance de l'obligation, et il nous semble qu'on doit décider de même à l'égard du terme fixé par la loi pour exercer utilement l'action en garantie.

Certains auteurs, et notamment Laurent,[1] sont d'avis que le délai utile pour l'exercice de l'action doit dépendre de la loi du lieu où elle est exercée. Toutefois, à notre sens, comme la loi du lieu où on fait valoir le droit ne pourrait pas être décisive quant à la substance et à l'étendue de ce droit, elle ne devrait pas l'être à l'égard du délai fixé pour exercer l'action. Le droit qui appartient au créancier a la même valeur que l'action qui lui est accordée pour contraindre le débiteur. Or, étant admis que le droit de l'acheteur de posséder paisiblement la chose et de l'avoir sans défauts cachés

[1] *Droit civil international*, § 154 i. f.

doit être déterminé, pour ce qui concerne la substance et les effets du contrat, par la loi du lieu du contrat, quand on ne peut pas induire des circonstances que les parties ont entendu se soumettre à une autre loi, il nous semble clair que le délai pour l'exercice utile de l'action doit être déterminé suivant cette même loi, parce que ce délai fait partie des éléments substantiels du contrat. La loi du lieu où l'action est exercée peut régir seulement les formes de procédure et les conséquences juridiques des actes judiciaires qui y sont mis en œuvre.

Même dans l'hypothèse où les parties contractantes auraient, en usant de leur autonomie, déterminé par des stipulations expresses l'obligation de la garantie, en l'étendant ou en l'excluant complètement, il faudrait cependant apprécier d'après la loi du lieu du contrat la valeur, la nature et l'étendue de telles stipulations. Ainsi, par exemple, on devrait décider d'après cette loi si, en vertu de ces stipulations, la vente pourrait être considérée comme un contrat aléatoire ou comme une vente pure et simple sans obligation de garantie et, en la considérant comme telle, si la convention par laquelle le vendeur se serait exonéré de l'obligation de garantie pourrait être comprise en ce sens qu'il en serait dispensé même dans le cas où le trouble proviendrait de son fait.

1071. — Dans l'hypothèse de l'éviction par suite du défaut de transcription en conformité de la loi de la situation de la chose, le vendeur exempté de l'obligation de garantie pourrait néanmoins, en vertu de la loi du lieu du contrat, être tenu à garantie, quand le trouble proviendrait de son fait propre. Dès lors, s'il avait vendu son fond à Caius et l'avait ensuite vendu également à Titius, et si celui-ci avait fait transcrire l'acte d'acquisition avant le premier acquéreur, la responsabilité du vendeur existerait en vertu de la loi du contrat, malgré la clause l'exemptant de toute garantie. Elle existerait parce que l'éviction dériverait de sa mauvaise foi, puisqu'il

aurait profité de la circonstance que l'acheteur n'aurait pas mis toute la diligence requise à faire transcrire son acte d'acquisition, pour vendre à une autre personne la chose qu'il avait déjà vendue. On devrait décider de même dans l'hypothèse de l'éviction par un créancier hypothécaire du vendeur qui aurait inscrit son hypothèque avant la transcription de l'acte de vente, quand le vendeur lui-même aurait consenti l'hypothèque sur le fonds vendu avant que l'acheteur n'eût fait transcrire son acte d'acquisition. Ce que nous venons de dire ne pourrait pas trouver son application dans le cas d'une hypothèque légale ou judiciaire inscrite sur le fonds aliéné avant la transcription de l'acte d'acquisition. En effet, ces hypothèques ne résulteraient pas d'un fait accompli de mauvaise foi par le vendeur postérieurement à la vente.

Nous ajouterons que, lorsqu'il y a lieu à garantie, on doit toujours appliquer la loi de la situation de la chose pour dire en fait si l'acheteur a subi la privation totale ou seulement partielle de cette chose, pour estimer la perte subie et *l'id quod interest*.

Nous noterons en outre que, lorsque l'acheteur aurait fait des dépenses pour la conservation ou l'amélioration de la chose, il pourrait invoquer l'application de la *lex rei sitæ* pour obtenir le remboursement de ces dépenses. C'est qu'en effet il s'agit de faits postérieurs au contrat, qui doivent être régis, en ce qui concerne toutes les conséquences juridiques qui en peuvent résulter, par la loi en vigueur au lieu où ils ont été réalisés.

1072.—La garantie relative aux vices et aux défauts cachés de la chose vendue doit être régie par les principes que nous venons d'exposer, en raison de l'analogie qui existe entre les deux objets auxquels a trait l'obligation de la garantie. En effet cette obligation en raison de sa nature fait partie de la substance de l'obligation contractuelle et doit être soumise aux mêmes règles, soit qu'elle concerne la possession paisible de la chose soit qu'elle concerne l'absence des vices cachés ; il est dès lors inutile que nous donnions de nouvelles explications à ce sujet.

§ III.

Loi qui doit régir les obligations de l'acheteur.

1073. Détermination du lieu où l'acheteur doit payer le prix. — 1074. Comment peut-on résoudre les questions relatives à la détermination du lieu où le contrat doit être exécuté. — 1075. Loi qui doit régir la demeure. — 1076. Obligation de payer les intérêts du prix. — 1077. Loi d'après laquelle on doit déterminer la monnaie avec laquelle le paiement se fait. — 1078. Du délai et de la suspension du paiement.

1073. — La principale obligation de l'acheteur consiste dans le paiement du prix au jour et au lieu déterminés dans le contrat de vente.

Comme cette obligation ne prend naissance qu'après que le vendeur a livré la chose et comme en principe le paiement doit se faire au moment et au lieu de la livraison, il peut surgir des difficultés à l'égard du lieu où l'acheteur doit payer le prix.

En cas de diversité des dispositions de la loi de l'acheteur et de celle du vendeur à l'égard du lieu du paiement lors d'une vente au comptant, l'acheteur ne pourrait pas prétendre payer le prix à son domicile conformément à sa loi personnelle, mais devrait se conformer aux prescriptions de la loi du lieu du contrat.[1] Par conséquent, si cette loi consacrait la règle admise dans certains Codes,[2] que l'acheteur doit payer au lieu et à l'époque où doit se faire la livraison de la chose vendue, il serait tenu de faire le paiement en ce lieu et à cette époque.

[1] Compar. Trib. d'Amsterdam, 31 mars 1874, Clunet, *Journal*, 1876, p. 157, et note sous cette décision.

[2] Cod. civ. néerlandais, art. 1550; Cod. civ. français, art. 1651; Cod. civ. italien, art. 1508; Code espagnol, art. 1500; Code autrichien, art. 1062.

Que doit-on décider lorsque le lieu de la livraison n'est pas expressément indiqué dans le contrat, et qu'on veut le déterminer d'après les circonstances et l'intention tacite des parties. Les principales difficultés à cet égard peuvent s'élever en cas de marchandises vendues dans un pays pour être expédiées dans un autre Etat où réside l'acheteur. On peut en effet soutenir que, lorsque le vendeur a remis les marchandises à la personne qui doit les faire parvenir à leur adresse par les modes ordinaires de transport, il a accompli son obligation d'en opérer la livraison, et a le droit d'exiger que le prix lui soit payé au lieu où il s'est dessaisi entre les mains du voiturier, en considérant la réception de la marchandise par le destinataire comme une conséquence ultérieure d'une livraison déjà opérée et devenue parfaite.

Toutefois, on peut se placer à un autre point de vue et soutenir que l'expédition de la marchandise par l'entremise du voiturier peut être considérée comme un fait préparatoire de la livraison, qui ne peut être considérée comme accomplie que lorsque la marchandise est livrée à l'acheteur, et on peut ainsi considérer comme lieu de la livraison celui où l'acheteur reçoit la chose.

En principe, on peut soutenir que, lorsqu'on a droit à la livraison d'une chose mobilière, on ne peut l'exiger qu'au lieu où elle se trouve, et que c'est là qu'on doit la considérer comme accomplie.[1] Néanmoins les circonstances pourraient faire admettre une règle différente, et il faut par conséquent les examiner toutes avec soin pour déterminer le lieu de la livraison. Nous ne pouvons donc pas poser de règles générales applicables à tous les cas, et nous nous bornerons à indiquer les principes qui peuvent servir à résoudre les difficultés.

1074. — Une des choses qu'il faut surtout considérer avec attention c'est la circonstance des risques, en d'autres

[1] L. 12, § 1, Dig., *Deposit.*, XVI, 3.

termes le point de savoir si la marchandise doit voyager aux risques de l'acheteur ou à ceux du vendeur. Une autre chose qu'il faut aussi considérer, c'est l'obligation de supporter les frais de transport. La Cour de Turin a basé sur cette dernière circonstance une de ses décisions, et a admis que lorsqu'aux termes du contrat de vente le vendeur s'est obligé à faire l'expédition franco à la gare de départ, on doit considérer comme lieu d'exécution du contrat celui où la marchandise a été expédiée. Ce principe a été également admis par la Cour de Gênes.[1]

Une autre circonstance qui peut également contribuer à la solution de cette question toujours subtile et compliquée du lieu de l'exécution, c'est la clause de garantie du poids et de la qualité de la chose expédiée dans un autre pays. On peut en effet soutenir que, la marchandise ne pouvant être reconnue et vérifiée qu'au lieu de la destination, elle ne peut être réputée livrée qu'après la reconnaissance et la vérification, et que dès lors on doit admettre implicitement que la livraison a été convenue au lieu de destination.[2]

Toutefois, on peut, avec raison invoquer contre cette doctrine les arguments suivants. Il s'agit d'une vente de choses mobilières existant dans un pays où, d'après la loi, à défaut de convention contraire, la chose doit être livrée là où elle se trouvait au moment de la vente, et dès lors le contrat a donné naissance à un rapport juridique entre les parties, en vertu duquel la livraison doit s'opérer au lieu de la situation de la chose à l'époque de la convention, sans que le vendeur puisse être tenu de transporter la chose ailleurs.[3] Dès lors, s'agissant d'un objet certain et individuellement déterminé, la

[1] 22 mai 1866 (Bersanino), Caveri, 6, 2, 60; 22 juin 1861 (Taddei-Garibaldi), Caveri, 6, 2, 129. — Voir en sens contraire Turin, 19 janvier 1866, Mordant), Caveri, 6, 2, 6.

[2] Compar. Naples 6 décembre 1866 (Faraud), Bettini, 1866, I, 878.

[3] Compar. Cour de cass. de Turin, 30 juin 1881 (Sala-Ditta Smveck), *Monitore dei tribunali* de Milan, 1881, 1089; — Lucques, 27 décembre 1874 (Jobst-Silvestri), *Annali di giuriprudenza*, IX, 2, 71.

livraison doit être réputée convenue, en vertu de l accord tacite, au lieu où elle existait au moment du contrat, et considérée comme accomplie à l'époque où le vendeur fait l'expédition de la façon qui lui est indiquée, ou de la façon qu'il croit devoir employer utilement à défaut d'indication.[1] Du reste l'obligation contractée de garantir la chose ne peut avoir aucune influence sur la livraison, parce que l'acheteur a toujours le droit de vérifier la marchandise et de recourir contre le vendeur pour défaut du poids ou de la qualité stipulés. C'est là en effet la conséquence de l'obligation de garantie dont est tenu le vendeur, laquelle ne peut être éteinte par suite de l'accomplissement de la livraison.

La Cour d'Ancône a reconnu ce principe dans sa sentence du 23 janvier 1871 dans le cas de la vente d'une machine, et a admis que la livraison devait être considérée comme accomplie au lieu où la chose se trouvait, malgré l'engagement du vendeur de la poser et de faire disparaître les défectuosités en entravant l'usage, parce que cet engagement devait être considéré comme une clause de simple garantie.[2] La Cour de Naples, au contraire, dans le procès fait par la Compagnie Escker Wyss et Cie de Zurich au sieur Courrier, également au sujet d'une machine, malgré le passage suivant du prospectus imprimé de cette Compagnie: « *Tous les objets sont présumés pris en fabrique* », a décidé que la livraison devait être réputée stipulée à Naples et non à Zurich. La Cour a induit cela des circonstances spéciales du contrat, en interprétant le prospectus de la Compagnie. en ce sens qu'il avait pour but de régler les frais d'emballage, de transport et de mise en place de la machine, en les mettant à la charge de l'acheteur.[3]

Tout bien considéré, nous sommes d'avis que la question du lieu de la livraison, en l'absence de stipulations expresses,

[1] Bologne 17 décembre 1877 (Schoffer C. Torri), *Rivista Bolognese*, 12.
[2] Ancône, 23 janvier 1871 (Baver Amantini — De Marchi), *Annali*, V, 2, 209.
[3] Naples 17 juillet 1885, (Ditta Escher Wyss et Cie c. Courrier.)

est par elle-même complexe. Du reste, comme tout doit dépendre de l'appréciation des magistrats, on ne saurait poser de règles applicables dans tous les cas; mais il faut se reporter aux termes du contrat et étudier toutes les circonstances et tous les usages pour résoudre cette question. Il convient de tout examiner avec la plus grande attention, parce que le lieu de la livraison, une fois qu'il est déterminé, influe sur l'exécution du contrat et peut aussi servir à fixer la compétence, de même que le lieu du paiement et les conséquences qui peuvent résulter du défaut de paiement et de la mise en demeure, ainsi que l'importance des intérêts moratoires. En effet, le quantum de ces intérêts différant d'après la loi des divers pays, il peut être important, en cas de mise en demeure, de déterminer le lieu où le prix devait être payé, parce que les intérêts dûs en l'absence de paiement devraient être fixés en prenant en considération le lieu où ce paiement devait être fait.

1075. — On devra en outre décider d'après la loi du lieu de paiement si, pour mettre l'acheteur en demeure de payer le prix, il faut une sommation du vendeur. La loi du lieu du contrat ne saurait exercer aucune influence à cet égard, parce que tout ce qui concerne l'exécution de l'obligation, la procédure nécessaire pour contraindre le débiteur et les conséquencee juridiques de l'inaccomplissement de l'obligation doit être régi par la loi du lieu où le paiement devait être fait. On devra dès lors décider d'après cette loi si l'expiration du terme suffit pour mettre le débiteur en demeure, ou bien si une sommation légale est nécessaire. Par conséquent, étant donnée une vente conclue en Italie dont le prix devait être versé en France, si rien n'était stipulé pour exclure la nécessité de la sommation, l'acheteur ne pourrait pas être mis en demeure par la seule expiration du terme conformément à l'article 1223 du Code civil italien; mais il faudrait se conformer à l'article 1139 du Code civil français. Dès lors l'acheteur ne pourrait être tenu de payer les inté-

rêts du prix qu'à partir du jour de la sommation (art. 1652 C. civil français).

1076. — Ainsi, c'est d'après la loi du lieu du paiement qu'on devra décider, si l'acheteur constitué en demeure est tenu de payer non seulement les intérêts au taux légal fixé par cette loi, mais encore les intérêts des intérêts échus, à supposer par exemple qu'on puisse induire des circonstances de la vente que cet acheteur est astreint à payer son prix en Italie, où l'article 1232 du Code civil dispose en ce sens.

La loi du lieu du contrat pourrait à bon droit être invoquée pour décider si, en l'absence de clause spéciale, l'acheteur, bien que non en demeure, doit payer les intérêts jusqu'au jour du versement du prix. C'est qu'en effet il s'agirait dans notre hypothèse de l'étendue de l'obligation de l'acheteur aux termes du contrat de vente, des rapports contractuels et de la substance de l'obligation. Par conséquent, si la vente avait été conclue en Italie et si les parties n'avaient rien convenu au sujet des intérêts, l'acheteur serait cependant tenu de les payer en vertu de l'article 1509 du Code civil italien, qui impose cette charge en l'absence de convention spéciale si la chose vendue et livrée produit des fruits ou autres revenus.

1077. — On peut se demander en quelle monnaie le prix doit être payé, quand la valeur réelle de cette monnaie au lieu du contrat est différente de celle qu'elle a au lieu du paiement.

Toullier suppose le cas d'un Allemand qui a vendu à un Hollandais un immeuble pour 2.000 florins, sans indiquer s'il entendait parler du florin en usage en Allemagne ou de celui en usage en Hollande, qui a une valeur différente, et il décide qu'on doit déterminer cette valeur d'après la loi du lieu du contrat. C'est également l'opinion de Story et de Burge. Story se place dans l'hypothèse d'une terre située à la Jamaïque et vendue en Angleterre pour 20.000 livres sans

spécification de la valeur courante de la livre, alors qu'il y a une différence de 8 0/0 entre la livre sterling anglaise et la livre en usage à la Jamaïque. Etant donné que le contrat a été passé entre deux Anglais, il est d'avis que le vendeur doit payer 20.000 livres sterlings, qui valent 28.000 livres de la Jamaïque. Nous admettrons cette opinion dans les hypothèses posées par Toullier et par Story, parce que, tout devant résulter de l'intention présumée des parties, il est plus raisonnable de décider que le vendeur exprimait la valeur de la chose en monnaie en usage au lieu du contrat, surtout quand les contractants sont tous deux citoyens du pays où la vente a été conclue. Toutefois, si les contractants étaient tous deux étrangers au pays où ils auraient conclu le contrat et si on pouvait induire des circonstances que le paiement dût être fait dans un autre pays où la chose vendue se trouverait, il serait plus raisonnable d'admettre que le prix dût être versé en monnaie légale ayant cours au lieu de paiement, cela en vertu de l'intention présumée des parties. *Æstimatio rei debitæ*, dit Everard, *consideratur secundum locum ubi destinata est solutio, non obstante quod contractus alibi sit celebratus.* [1]

1078. — Tout ce que nous venons de dire concerne la vente conclue sans stipulation d'un terme pour le paiement du prix. Quand, au contraire, un terme a été stipulé, le vendeur n'est tenu de verser le prix qu'à son domicile et il faut appliquer les principes relatifs à l'accomplissement des obligations personnelles.

Les lois reconnaissent dans certains cas la faculté pour l'acheteur de suspendre le paiement à la suite de faits nouveaux survenus depuis la vente. Or, en vertu du principe général, que les effets juridiques qui ne dépendent pas d'une cause inhérente à l'obligation primitive, mais de faits nou-

[1] Everardus, *Consil.* 78, n° 9.

veaux *ex post facto*, doivent être régis par la loi du lieu où naît la nouvelle cause dont ils résultent, on doit admettre que l'acheteur peut baser sur la loi du lieu de la situation de la chose le droit de suspendre le paiement du prix, lorsque vient à se réaliser un des faits qui aux termes de cette loi peuvent motiver cette suspension.

§ IV.

Loi qui doit régir la résolution de la vente.

1079. Loi qui doit régir la résolution de la vente pour défaut de paiement du prix. — 1080. Autorité de la loi territoriale à l'égard des droits acquis des tiers. — 1081. Les mêmes principes sont applicables aux ventes de choses mobilières. — 1082. Loi d'après laquelle on doit déterminer le terme pour l'exercice de l'action en résolution. — 1083. Application des principes à la vente sous condition. — 1084. Comment les principes relatifs à l'action résolutoire peuvent être modifiés quand les tiers ont un intérêt dans la vente. — 1085. Loi qui doit régir les conséquences du réméré à l'égard des tiers.

1079. — La résolution de la vente peut résulter d'une des causes qui, d'après les principes généraux du droit, peuvent rendre toute convention annulable et résolutoire. Il n'est pas nécessaire de nous en occuper ici, puisque nous avons exposé dans la partie générale de cet ouvrage les principes d'après lesquels on doit déterminer l'autorité de la loi à l'égard des causes d'annulabilité et de résolution communes à toutes les conventions. Ici nous devons nous occuper uniquement des causes spéciales qui concernent la résolution de la vente et notamment de celle qui peut résulter du défaut de paiement du prix et de la réalisation de la condition résolutoire expresse.

Le défaut de paiement du prix peut être une des causes de résolution de la vente dans les législations, où en principe la condition résolutoire est toujours présumée sous entendue dans les contrats bilatéraux, lorsqu'une des parties n'accomplit pas son obligation.[1] Cependant tous les législateurs ne

[1] Voir art. 1165 C. civ. italien ; 1184 C. civ. français ; 1302 C. civ. néerlandais ; 1124 C. civ. espagnol.

consacrent pas cette règle. Ainsi, par exemple, dans le Code sarde se trouvait admis le principe tout différent (art. 1661), que le vendeur d'un immeuble ne pouvait pas demander la résolution de la vente pour le motif que le prix ne lui avait pas été payé. Il en est de même dans le Code civil autrichien (art. 919), qui n'accorde pas le droit de demander la résolution, mais assure seulement l'accomplissement exact du contrat et une indemnité.

Dans les législations où on admet qu'il n'y a translation de la propriété que lorsque le prix a été entièrement payé, on permet au vendeur qui a accompli la tradition de la chose de la revendiquer dans les mains du tiers détenteur lorsque, n'ayant accordé aucun délai pour le paiement du prix, ce prix ne lui a pas été entièrement payé.

Etant données ces divergences législatives, il peut se présenter des difficultés à l'égard de l'autorité respective de la loi du lieu du contrat et de la loi du lieu de la situation de la chose dans les questions relatives à la résolution de la vente. Or, comme les conditions expresses de la résolution d'un contrat peuvent être établies librement par les parties dans la sphère de leur autonomie, et qu'on doit considérer comme expressément stipulées dans les conventions les clauses consacrées par la loi à laquelle les parties se sont librement soumises, quand elles n'y ont pas formellement dérogé, on doit conclure de là que la vente stipulée sous l'empire d'une loi qui présume la condition résolutoire comme sous-entendue dans les contrats bilatéraux, pour le cas où une des parties n'accomplit pas son obligation, doit être considérée comme susceptible d'être résolue en l'absence de paiement, bien que la loi de la situation de la chose dispose d'une façon contraire. Si, au contraire, d'après la loi du lieu du contrat, le vendeur, en l'absence d'une stipulation expresse, pouvait seulement réclamer le paiement du prix, il ne lui serait pas permis d'invoquer la loi de la situation de la chose, qui lui accorderait, en l'absence de paiement, la faculté d'exiger à son choix, soit le paiement, soit la résolution du contrat. En effet, la loi

du lieu de la situation de la chose ne pourrait exercer aucune influence pour déterminer les obligations principales du vendeur et de l'acheteur, la nature des rapports contractuels et les conditions de nullité et de résolution de la vente. En effet toute cette matière doit être exclusivement régie par la loi du lieu du contrat.

1080. — Nous croyons utile de noter que, quel que puisse être, en l'absence de paiement, le droit du vendeur de demander par application de la loi du lieu du contrat la résolution de la vente ou de revendiquer le fond aliéné, il ne pourrait incontestablement pas exercer ce droit au préjudice des droits acquis par les tiers sur les immeubles vendus. Il devrait, à cet égard, toujours reconnaître l'autorité de la loi de la situation de la chose. En effet les droits acquis par les tiers sur une chose qui existe sur le territoire d'un Etat donné doivent être régis et protégés par la loi territoriale ; car toute loi qui règle l'acquisition et la conservation des droits acquis par les tiers sur les choses sises sur le territoire doit toujours exercer une autorité absolue et ne peut être l'objet d'aucune dérogation en vertu d'une loi étrangère.

Supposons, pour mettre en lumière notre idée, que l'immeuble vendu se trouve en Italie, et que le contrat de vente ait été conclu sous l'empire d'une loi qui attribue au vendeur qui n'est pas payé le droit de revendiquer la chose ou de faire déclarer la vente résolue de plein droit. Il ne pourrait pas invoquer la loi du lieu du contrat pour exercer l'une ou l'autre de ces actions en Italie, sans se conformer à la disposition du Code civil formulée dans l'article 1511. Le législateur italien, tout en ayant reconnu en principe, dans l'article 1565, que la condition résolutoire doit être considérée comme toujours sous entendue dans les contrats bilatéraux, a toutefois admis une importante innovation à l'égard de la vente des immeubles, en disposant à l'article 1511, qu'en cas de vente d'immeubles, la condition résolutoire expresse ou tacite qui se réalise pour inaccomplissement des obligations de l'ache-

teur ne préjudicie pas aux tiers qui ont acquis des droits sur les immeubles antérieurement à la transcription de la demande de résolution. Le vendeur invoquerait dès lors vainement la loi du lieu du contrat pour déroger à la loi de la situation de la chose qui, en tant qu'elle a pour but de sauvegarder les intérêts des tiers, doit avoir une autorité territoriale, parce qu'elle a une force impérative à l'égard de tous. Il faudrait dès lors appliquer la loi italienne à l'exclusion de la loi étrangère dans tous les cas où la résolution de la vente, bien qu'admissible d'après la loi du lieu du contrat, pourrait porter atteinte aux droits des tiers qui se trouveraient dans les conditions prévues par le Code civil italien.

Il faut donc, dans cette matière de la résolulion de la vente, distinguer ce qui concerne les droits, les actions et les exceptions appartenant aux parties contractantes dans leurs rapports personnels et contractuels, de ce qui peut avoir trait aux droits réels acquis par les tiers sur la chose. La loi du lieu du contrat doit être appliquée seulement pour résoudre la question envisagée sous le premier aspect. On doit, par exemple, décider d'après cette loi si l'action résolutoire de la vente doit ou non être divisible, par qui elle peut être exercée, si le vendeur a en outre le droit de réclamer des dommages et intérêts comme réparation de l'inexécution du contrat, et quelle doit en être le quantum. Ainsi, à supposer qu'aux termes de la loi du lieu du contrat l'indemnité consiste dans la différence entre le prix convenu et la valeur de la chose au moment de la résolution, il faudrait déterminer les dommages et intérêts d'après cette disposition, et observer la loi de la situation de la chose uniquement à l'égard des règles de procédure, qu'elle prescrit pour estimer la chose et en déterminer la valeur au moment de la résolution du contrat.

Au contraire, pour ce qui est des conséquences de la résolution à l'égard des tiers, il faut observer la loi de la situation de la chose. Dès lors, si l'immeuble était situé en Italie, le vendeur ne pourrait demander la résolution contrai-

rement aux droits des créanciers hypothécaires inscrits ou des tiers qui auraient acquis des droits réels sur l'immeuble que si la demande en résolution avait été dûment transcrite conformément à l'article 1933 du Code civil italien. Par conséquent il faudrait respecter tout droit acquis antérieurement à la transcription de la demande en résolution.

1081. — Les principes que nous avons posés doivent s'appliquer également en matière de vente de meubles. La loi du lieu du contrat doit aussi régir la substance de l'obligation juridique, mais sous la réserve que les actions qui appartiennent au vendeur d'après cette loi ne peuvent plus être exercées, lorsque la chose a été transportée dans un pays étranger où les tiers ont acquis un droit ou un privilège en conformité de la loi territoriale.

Ainsi, par exemple, à l'égard d'une vente de choses mobilières conclue en Italie, on devrait déterminer les rapports personnels des parties contractantes par application de l'article 1512 du Code civil italien, et admettre la résolution de la vente dans l'intérêt du vendeur, quand l'acheteur ne se serait pas présenté pour recevoir la chose et n'aurait pas en même temps offert le prix avant l'expiration du terme fixé pour la livraison, et qu'aucun délai n'aurait été convenu pour le paiement du prix. On devrait en outre, admettre que le vendeur pourrait, à défaut de paiement, revendiquer les choses mobilières vendues qui se trouveraient encore en la possession de l'acheteur, ou en empêcher la revente, pourvu que la demande en revendication fût intentée dans les quinze jours de la livraison et que les choses se trouvassent dans le même état qu'à l'époque de cette livraison.

1082. — A l'égard du délai pour exercer l'action en résolution ou en revendication, on doit d'après nous observer la même règle, c'est-à-dire le déterminer d'après la loi du lieu du contrat, toutes les fois que les tiers n'ont aucun intérêt dans l'affaire. Nous disons cela parce que le terme fixé

pour l'exercice d'un droit fait partie de la substance du droit lui-même. En effet le droit a la même durée que l'action destinée à le rendre efficace. Aussi la durée de l'action est intimement liée au rapport juridique : bien plus elle constitue un élément intégrant de ce rapport et doit être soumise à la même loi.

Dans notre hypothèse d'une vente d'objets mobiliers qui se trouvaient en Italie sans délai pour le paiement du prix, alors que le prix n'a pas été payé et que les choses ont été transportées en France, nous sommes d'avis que si les tiers n'ont acquis aucun droit ou privilège sur ces objets aux termes du Code civil français, le vendeur peut utilement invoquer la loi du lieu du contrat pour revendiquer les choses vendues qui sont encore en la possession de l'acheteur ou pour en empêcher la revente dans le délai fixé par la loi italienne. Le Code civil français admet aussi la revendication, mais à la condition que l'action soit exercée dans les huit jours de la livraison (art. 2102, § 4). Il ne nous semble pas toutefois que, s'agissant d'une question personnelle entre l'acheteur et le vendeur dans laquelle les tiers n'ont aucun intérêt, on puisse méconnaître l'autorité de la loi du lieu du contrat. Il s'agit de la substance de l'obligation juridique et des effets immédiats de cette obligation entre les parties contractantes, et nous ne voyons aucun intérêt social qui engage à soumettre à l'autorité de la loi française le rapport juridique et la durée de l'action, parce que le terme de l'action est un des éléments intégrants des rapports contractuels.

1083. — Les principes que nous venons d'exposer pourront trouver leur application même dans le cas où le contrat de vente a été conclu sous une condition expresse. Il faut en effet déterminer d'après la loi du lieu du contrat la nature de toute condition particulière ou de toute clause spéciale stipulées dans le contrat de vente, ainsi que les droits respectifs du vendeur et de l'acheteur en vertu de cette clause. C'est ce qu'on doit décider notamment à l'égard de la

clause de réméré, qui doit être considérée comme une condition résolutoire expresse à laquelle se trouve soumise la vente, et en vertu de laquelle le vendeur aliène la chose sous la condition de la recouvrer de nouveau en restituant durant un certain terme le prix qui lui a été payé. On doit décider de même à l'égard de la vente faite sous la réserve d'un meilleur acheteur, laquelle doit être réputée conclue sous la condition de la part du vendeur que, si dans un délai fixé il se présente un acheteur qui offre un prix supérieur, il a le droit de le préférer. Il en devrait être de même également de la vente conclue sous la condition de préemption, en vertu de laquelle l'aliénation est parfaite, mais à la condition que si l'acheteur revend la chose vendue, il devra l'offrir au vendeur, qui pourra dans un certain délai l'acquérir de nouveau en payant le prix offert par les tiers.

Toutes ces conditions ou clauses accessoires doivent être régies par la loi du lieu du contrat, même pour tout ce qui concerne les droits respectifs du vendeur et de l'acheteur dans le cas où, la condition venant à se réaliser, l'un ou l'autre veut se prévaloir de son droit pour faire prononcer la résolution de la vente, et aussi pour ce qui concerne le paiement par l'une ou l'autre des parties des dépenses faites durant la période qui s'est écoulée entre la vente et la réalisation de la condition, ainsi que les intérêts, et les indemnités pour améliorations ou pour détériorations. Ces questions doivent toutes être résolues d'après la loi du lieu du contrat, parce qu'elles ont trait à la substance des obligations réciproques et des droits acquis en vertu de la loi du lieu du contrat. La loi de la situation de la chose doit s'appliquer en cette matière comme en toute autre, uniquement pour ce qui concerne les formalités de procédure nécessaires pour l'exercice de l'action et pour ce qui concerne toutes les questions de fait relatives aux circonstances qui se sont réalisées au lieu où la chose se trouve, et qu'il est nécessaire de constater pour décider si on peut considérer la condition comme accomplie aux termes de la loi du lieu du contrat.

Par conséquent, pour dire, par exemple, si la mise en demeure du vendeur par l'acheteur doit être ou non considérée comme un élément de la condition résolutoire résultant de la clause de réméré, il faut consulter la loi du lieu du contrat, parce qu'il s'agit de la substance de l'obligation conditionnelle. Toutefois, pour décider si les actes accomplis par l'acheteur peuvent ou non être considérés comme suffisants pour constituer le vendeur *in mora accipiendi*, on devra appliquer la loi de la situation de la chose, de même que pour décider si on peut ou non considérer l'offre de la chose vendue comme accomplie.

1084. — Il faut en outre admettre, comme nous l'avons déjà dit, que le délai pour l'exercice de l'action résolutoire doit être déterminé d'après la loi du lieu du contrat, toutes les fois qu'il s'agit des rapports personnels de l'acheteur et du vendeur à l'exclusion des tiers.

Une personne qui aurait vendu sous l'empire du Code civil autrichien avec la clause de réméré, sans stipulation du délai pour l'exercice de ce droit, pourrait se prévaloir de cette clause pendant toute sa vie (art. 1070 C. civ. autrichien). Or, comme le délai pour exercer le réméré lui appartiendrait en vertu de la loi du lieu du contrat, et que ce délai ne saurait être considéré que comme un élément de la substance de l'obligation juridique, il ne pourrait pas être abrégé en vertu d'une disposition contraire de la loi du lieu de la situation de la chose

Mais si les tiers avaient des intérêts dans l'affaire, il faudrait appliquer la loi de la situation de la chose, même à l'égard du terme imparti pour l'exercice de réméré, et cela par le motif que toute loi territoriale qui, dans le but de donner de la fixité à la propriété, limite le droit de revendiquer les choses ou de les recouvrer, en prescrivant un délai pour l'exercice d'un tel droit, doit être considérée comme une loi de droit social en ce qui concerne les tiers. Par conséquent, dans l'espèce de la vente à réméré consentie en Autriche d'un

immeuble situé en Italie, le vendeur autrichien ne pourrait pas prétendre exercer durant toute sa vie son droit contre les tiers acquéreurs, parce que cela serait contraire à l'article 1520 du Code civil italien. Toutefois le législateur italien admet que le vendeur qui a stipulé le réméré peut le requérir à l'encontre des tiers acquéreurs, bien que dans les nouvelles ventes qui sont faites à ces derniers il ne soit pas fait mention de la clause de réméré; mais avec la réserve que, lorsque le droit de réméré est stipulé pour un terme de plus de cinq ans, il est réduit de plein droit à ce terme (art. 1516 C. civ. italien). Toutefois, s'il s'agissait des rapports entre le vendeur et l'acheteur, nous ne verrions aucune raison décisive pour exclure l'application de la loi autrichienne, même à l'égard du délai pour l'exercice de l'action en réméré, parce que le terme aurait fait partie intégrante des rapports contractuels. Du reste il nous semble qu'on ne saurait soutenir que l'application de la loi du lieu du contrat pourrait porter atteinte aux intérêts généraux et à l'organisation de la propriété foncière en Italie. Mais, quand les tiers sont intéressés dans l'affaire, nous ne saurions admettre que le vendeur puisse exercer ses droits en Italie par application d'une loi étrangère et au préjudice des personnes qui, en acquérant des droits sur la chose, ont dû naturellement s'en référer à la loi territoriale.

1085. — Etant donnés les principes que nous avons posés à l'égard des droits du vendeur et de l'acheteur au sujet de la réalisation de la condition résolutoire, lesquels droits doivent être régis par la loi du lieu du contrat, nous soutenons cependant que la loi de la situation de la chose doit servir à déterminer les conséquences du réméré à l'égard des tiers. Ainsi, par exemple, le législateur italien, en réglant dans l'article 1528 du Code civil les conséquences du pacte de réméré à l'égard du vendeur, dispose qu'en rentrant en possession de l'immeuble il est tenu de respecter les baux

faits sans fraude par l'acheteur, pourvu qu'ils soient passés pour une période n'excédant pas trois ans.

Il nous paraît évident, que les personnes, qui auraient passé des baux dans les conditions de cet article, pourraient en exiger l'exécution si l'immeuble était situé en Italie, même si la loi du lieu du contrat ne limitait pas de la même façon les droits de vendeur qui bénéficie du réméré.

Il est d'autres cas encore où la situation de la chose doit être appliquée. Tel est notamment celui prévu par l'article 1522 du Code civil italien, qui est ainsi conçu : « L'acheteur « avec pacte de réméré d'une partie indivise d'un fonds, qui « est devenu adjudicataire de ce fonds tout entier à la suite « de licitation entre copartageants provoquée contre lui, peut « obliger le vendeur à racheter tout le fonds, lorsqu'il veut « faire usage du pacte de réméré. »

Etant donné le principe général, que les effets d'un fait qui n'est pas connexe avec la convention, ou qui ne dépend pas d'une cause inhérente à l'opération juridique, mais qui doit être considéré comme un fait nouveau *ex post facto*, doivent être régis par la loi où ce fait vient à se réaliser. Il en résulte que l'adjudication intervenue en Italie dans les circonstances prévues dans l'article 1522 doit être régie par la loi italienne, comme un fait nouveau qui ne fait pas partie des rapports contractuels.

§ V.

Loi qui doit régir la rescision de la vente.

1086. Comment les législateurs ont réglé d'une façon différente la rescision de la vente pour cause de lésion. — 1087. Divergences des auteurs à l'égard de la loi qui doit régir la lésion. — 1088. Notre opinion en cette matière et critique qui en a été faite par Laurent. — 1089. Comment on a justifié la rescision de la vente pour cause de lésion. — 1090. Comment doit être posée la question au point de vue de la loi qui doit régir cette cause de rescision. — 1091. Notre opinion. — 1092. Peut-on appliquer la loi de la situation de la chose quand elle est plus favorable au vendeur. — 1093. Comment les principes doivent être appliqués dans l'hypothèse où les tiers sont intéressés dans l'affaire.

1086. — La rescision de la vente pour lésion excessive a été réglée d'une façon différente dans les diverses législations. Elle a été introduite dans le droit romain par les empereurs Dioclétien et Maximien;[1] elle a été ensuite abandonnée par Constantin et Théodose[2] et finalement remise en vigueur dans le Code de Justinien. Elle a eu les mêmes phases dans la législation française.[3] D'abord admise, ensuite abolie pendant la période révolutionnaire par la loi du 14 fructidor an III, puis rétablie par la loi du 3 germinal an V, elle a été en dernier lieu consacrée par le Code civil. En Italie, cette matière a été aussi réglée d'une façon différente dans les diverses législations en vigueur avant le Code civil actuel. Ainsi, dans certains Codes, elle était admise pour la vente et l'échange de toute sorte de biens. Il en était ainsi notamment dans le Code du Duché de Modène, où elle était consacrée

[1] L. 2 et 8 Cod., IV, 44.
[2] Cod. Theod., L. 1, *De Contr. empti.*
[3] Bégue, *De la lésion entre personnes majeures et capables* (1868).

même en faveur de l'acheteur.[1] Dans le Code civil italien, elle a été reconnue en faveur du vendeur seul, qui peut exercer l'action quand dans une vente d'immeuble il a été lésé de plus de la moitié du juste prix.

Etant données les divergences des législations en cette matière, il y a lieu de rechercher si l'action en rescision doit être régie par la loi du lieu du contrat ou par la loi personnelle, ainsi que toute autre question relative au consentement et aux vices du consentement.

1087. — Les auteurs se sont divisés sur cette question. Laurent est d'avis que la vente consentie par celui qui a été lésé doit être considérée comme entachée d'un vice du consentement, qui affecte la capacité et qui doit par conséquent être apprécié d'après la loi personnelle. D'après lui, le mineur et les interdits sont incapables de contracter, parce qu'ils sont incapables de consentir, or il y a un lien intime entre l'incapacité et les vices du consentement, qui altèrent également la capacité de consentir. Le majeur qui consent sous l'empire de la violence, de l'erreur ou du dol, n'est pas plus capable de consentir que le mineur. De cette analogie il conclut que, puisque la lésion en matière de vente implique une sorte de violence, elle doit être régie par la loi personnelle, et critique les opinions d'après lesquelles on voudrait donner la préférence à la loi du lieu du contrat ou à celle de la situation de la chose.[2]

Au contraire Rocco et Brocher soutiennent avec la grande majorité des auteurs, que tout doit dépendre de la loi du lieu du contrat. Telle était l'opinion de Merlin, qui prétendait que l'action en rescision devait être considérée comme un effet immédiat de l'obligation, et devait comme telle être régie par la loi sous l'empire de laquelle le contrat soumis à rescision avait pris naissance.[3]

[1] Art. 1576, 1577, 1607.
[2] Laurent, *Droit civil international,* t. VIII, § 145-147.
[3] Merlin, *Effet rétroactif,* sect. 3.

Gabba professe également cette doctrine et soutient, que tout contrat onéreux né sous l'empire d'une loi peut être soumis à rescision d'après la loi en vigueur au moment du contrat, et cite de nombreux auteurs à l'appui de sa thèse.[1]

Rocco, qui a discuté cette controverse au point de vue du Droit international, est très explicite. D'après lui les causes de rescision et de révocation des contrats font partie des conséquences immédiates ou médiates de ces conventions, et comme telles doivent être régies par les statuts du pays où les contrats ont été conclus. Il enseigne que la réalité de la lésion doit être déterminée d'après la loi du lieu de la situation de la chose vendue, par le motif que la valeur doit en être déterminée au lieu où cette chose réside, mais que la mesure légale de la lésion et de l'action en rescision, étant la conséquence médiate du contrat de vente, doit être régie par la loi sous l'empire de laquelle le contrat a été stipulé.[2]

Fœlix avait soutenu aussi, que c'était d'après la loi de la situation de la chose qu'on devait décider si la vente d'un immeuble pouvait être attaquée pour cause de lésion.[3] Toutefois, à l'encontre de sa propre opinion, il a admis que tout devait dépendre de la loi du lieu du contrat et que, lorsque cette loi accordait au vendeur et à l'acheteur le droit de faire rescinder la vente pour cause de lésion, l'action de l'acheteur devait être accueillie en France nonobstant l'article 1683 du Code civil.[4]

Demangeat met en lumière la contradiction de Fœlix et soutient qu'il est plus conforme aux principes d'admettre, que la loi personnelle du vendeur ou de l'acheteur doit être appliquée pour décider si chacun d'eux peut exercer l'action en rescision pour cause de lésion.[5]

[1] *Retroattività delle leggi*, t. IV, p. 240 et suiv.
[2] Rocco, *Diritto civile internazionale*, 3e part., ch. 10.
[3] Fœlix, *Droit internat. privé*, t. I, § 93.
[4] *Id.*, § 111.
[5] Note sur Fœlix, *loc. cit.* p. 257, 4e édition.

1088. — Dans la première édition de cet ouvrage, nous exprimions ainsi notre opinion : « En ce qui concerne les « actions en rescision et en révocation, nous pensons que, si « elles sont basées sur un vice intrinsèque au contrat, elles « sont réglées par la loi même sous l'empire de laquelle les « parties se sont obligées; mais que si elles dépendent d'une « cause extrinsèque et postérieure à la stipulation ou de « l'incapacité des contractants, elles doivent être appréciées « d'après la loi du lieu où s'est réalisé le fait, où d'après celle « à laquelle est soumise la personne. La raison de cette « doctrine, c'est que l'action en rescision est en effet immédiat « de l'obligation elle-même. »[1]

Nous réfutions ensuite l'opinion contraire de Massé et nous concluions ainsi : « Pour décider si l'action pour lésion « appartient à l'acheteur ou au vendeur, ou à l'un d'eux « seulement, et si la lésion doit être de plus de la moitié ou « de plus des deux tiers pour la rescision de la vente, on doit « appliquer la *lex loci contractus*, parce que les parties se « soumettent tacitement pour la rescision à la loi même dont « dépend la validité de la convention ».[2]

Laurent, en critiquant notre opinion, fait observer « qu'il « ne peut s'agir d'une soumission des parties, car la sou- « mission exige le concours de volontés », et ajoute qu'il n'y a pas concours de volontés, parce que l'acheteur seul consent, le vendeur n'ayant pas la liberté nécessaire pour consentir et étant dès lors incapable en ce sens. De là il conclut que tout doit dépendre de la loi personnelle, d'après laquelle on doit décider si le vendeur jouissait ou non de la liberté suffisante pour contracter.[1]

Cette critique ne nous parait pas plus fondée que les raisons invoquées par Laurent. Loin de répudier notre opinion, nous pensons que si une doctrine manque d'une base juridique

[1] Voir la 1re édition de cet ouvrage, 1869, § 293 et la traduction française de Pradier-Fodéré, 1875.
[2] *Id.*, § 294.
[1] Laurent, *Droit civil international*, § 146.

solide, c'est celle de cet auteur. Comment admettre en effet que les circonstances, qui ont pu pousser le vendeur à aliéner pour un prix inférieur à la valeur de la chose, puissent constituer une incapacité de nature à faire admettre l'autorité de la loi personnelle qui doit régir les actes accomplis par les incapables ?

On ne peut pas dire que la liberté du vendeur soit absente. C'est si vrai, qu'en raison de l'impossibilité d'admettre l'absence de liberté, certains auteurs ont voulu exclure absolument la rescision de la vente pour cause de lésion. C'est là du reste ce qui explique les oscillations des lois relatives à cette matière. Béranger, qui était opposé à cette mesure, s'exprima ainsi au cours de la discussion du Code civil français : « Si le vendeur étant pressé de vendre n'a pu trouver un « acquéreur qui lui donnât le prix plus haut que celui qu'il « a reçu, *il ne peut pas prétendre* qu'il a été lésé. Le bien a été « vendu à la valeur qu'il pouvait avoir dans les circonstances. « car le cours est la mesure la plus exacte de l'évaluation. « Autrement, il faudrait également soumettre à la rescision « les ventes qui ont été faites par autorité publique. Mais on « les exempte, parce qu'il est évident que lorsque le domaine « a été livré au concours des acheteurs, il a été vendu à son « juste prix. Celui qui retire d'une vente les ressources dont « il a besoin, dans les circonstances où il se trouve, a obtenu « tout l'avantage qu'il voulait s'assurer en vendant ».[1]

De même Berlier soutenait que, le contrat étant parfait, on ne devait pas admettre qu'il pût être rescindé pour des raisons d'équité, parce qu'il doit être la loi pour ceux qui l'ont librement voulu.

Etant donnés ces arguments, on comprend qu'on ne saurait admettre d'une façon absolue l'opinion de Laurent qui, pour soutenir l'autorité de la loi personnelle, va jusqu'à assimiler à un incapable le vendeur qui vend la chose au prix qu'on lui offre.

[1] Locré, XIV, p. 66-67.

1089. — La rescision de la vente pour cause de lésion a pu trouver sa justification, non pas tant dans l'absence de liberté, que dans une raison de justice tirée du caractère du contrat lui-même, qui peut être considéré comme manquant de son élément essentiel, celui de l'équivalent de la chose, quand le prix est minime au point de transformer la vente en quelque sorte à un contrat à titre gratuit. On peut en effet voir dans une telle opération juridique, je ne dirai pas un contrat sans cause, mais plutôt un contrat basé sur une fausse cause, celle d'un équivalent de la chose qui ne peut pas être considéré comme tel.

On peut en outre justifier la loi de la rescision de la vente en la considérant comme une loi d'ordre public. C'est, en se plaçant à ce point de vue, que Napoléon Ier l'a soutenue devant le Conseil d'Etat. « La loi de rescision, disait-il, est une loi « de mœurs, qui a pour objet le territoire. Peu importe « comment un individu dispose de quelques diamants, de « quelques tableaux ; mais la manière dont il dispose de la « propriété territoriale n'est pas indifférente à la société. « C'est à la sooiété qu'il appartient de donner des bornes et « des règles au droit de disposer, et c'est d'après ces principes « que la loi assure une légitime aux enfants sur les biens des « pères. »[1]

Toutes ces raisons et les autres considérations, qui peuvent motiver les lois qui ont admis et celles qui ont exclu la rescision de la vente pour cause de lésion, et qui en ont fait limiter l'application, servent à expliquer la nature de l'institution et l'intention du législateur, et aussi à établir comment l'action ne peut être admise qu'en vertu de la loi qui la consacre.

1090. — Dans notre cas, la question doit être envisagée à un autre point de vue. Il s'agit en effet de se dire si ce droit, qui dérive de la loi et non de l'autonomie des parties, doit être régi par la loi sous l'empire de laquelle les parties ont

[1] Locré, XIV.

conclu le contrat de vente, ou bien par celle en vigueur au lieu où se trouve la chose vendue. La question ainsi posée, nous persistons dans notre opinion, d'après laquelle il faut observer la loi du lieu du contrat, et cela par la raison principale que tout ce qui concerne la substance, la nature, la valeur juridique, et l'effet immédiat de l'obligation doit être régi par la loi sous l'empire de laquelle le contrat a pris naissance et est devenu parfait.

Dans tout contrat conclu sous l'empire d'une loi donnée, on doit supposer l'accord tacite de considérer comme partie intégrante de la convention tout ce qui, d'après la loi, l'équité et la coutume, règle les rapports contractuels nés sous l'empire de cette même loi : *in contractibus tacite veniunt quæ sunt moris et consutudinis*. Les anciens juristes, par application de cette maxime connue, ont constamment enseigné, que tout ce qui dérive de la loi doit être considéré comme le complément tacite des contrats conclus sous l'empire de cette même loi pour tous les points qui peuvent être considérés comme les effets immédiats de l'obligation réciproque et qui n'ont pas été expressément prévus et réglés par les parties contractantes.

Ea enim disait Lauterbach, *quæ anctoritate legis vel consuetudinis contractum comitantur, eidem adhærent, naturalia a doctoribus appellantur. Lex enim altera est quasi natura et in naturam transit. Atque quoad naturalia contractuum etiam forenses statuta loci contractus observare debent.*[1] De même Baldus s'exprimait ainsi : *Sicut natura non separatur a proprio subiecto, ita nec communis usus et consuetudo a contractu, cui natura inest; et consuetudo informat omnem dispositionem, etiamsi non sit dictum.*[2]

1091. — De ces principes bien connus nous concluons que, lorsque dans le pays où les parties ont stipulé la vente il existe une loi consacrant pour le vendeur le droit d'en obtenir

[1] Lauterbach, *Dissert.* 104, 5e part., n° 58.
[2] *Cons.*, 83, n° 3.

la rescision quand le prix est au-dessous de la moitié de la valeur, on doit considérer ce droit comme partie intégrante de la convention. En effet, cela équivaut au fait que le vendeur et l'acheteur ont consenti à vendre et à acheter sous la condition de pouvoir se prévaloir de cette disposition légale. Par conséquent, si au lieu de la situation de la chose il n'existait pas une législation semblable, ou si la lésion devait être plus des trois quarts, on devrait appliquer la loi du contrat ; car c'est d'après la loi des rapports contractuels qu'il faut déterminer les droits des parties, et notamment le droit de requérir la résolution de la vente.

Par application de ces principes, une vente conclue sous l'empire de la loi autrichienne pourrait être attaquée pour lésion aussi bien par le vendeur que par l'acheteur conformément à l'article 1060 du Code civil autrichien, bien que la chose fut située en Italie, où la loi dispose d'une façon différente, et bien que les Tribunaux italiens fussent appelés à connaître de l'affaire.

1092. — Nous croyons utile d'examiner si, dans l'hypothèse où la rescision de la vente pour lésion serait consacrée par la loi de la situation de la chose et ne le serait pas d'après la loi du lieu du contrat, ou serait admise d'une façon plus large en faveur du vendeur par la loi du lieu de la situation de la chose, on pourrait demander l'application de cette dernière loi, en se basant sur l'idée exprimée par Napoléon Ier que nous avons mentionnée plus haut, que la loi de la rescision est une loi de bonnes mœurs, et si on pourrait soutenir que le vendeur pourrait en requérir l'application comme celle de toute loi d'ordre public.

En envisageant ainsi la question, on pourrait peut-être arriver à justifier l'opinion des auteurs qui voudraient donner la préférence à la *lex rei sitæ*. On pourrait, en effet, dire que le législateur, s'inspirant de principes d'équité et de moralité sociale, a pu avoir pour but de protéger celui qui a subi une sorte de violence, qualifiée ainsi par suite de

certaines circonstances extérieures prises en considération par le législateur, et que par conséquent, la disposition qu'il a édictée en cette matière doit être considérée comme d'ordre public. Par conséquent le vendeur pourrait requérir l'application de la loi territoriale, par le motif que la violence ne saurait être protégée, et qu'on ne saurait tolérer un fait que le législateur a qualifié d'immoral.

Ce sont là des raisons très sérieuses. Cependant nous ne croyons pas qu'elles soient suffisantes pour modifier notre opinion. C'est en effet un principe d'ordre public que le contrat parfait doit être la loi des parties qui l'ont librement consenti. On ne peut pas soutenir d'une façon absolue que la vente pour un prix même inférieur à la moitié de la valeur réelle soit contraire à l'ordre moral, alors que le vendeur se trouvait dans les conditions requises pour vendre et dans l'impossibilité de trouver un acheteur à de meilleures conditions. Comment admettre qu'on puisse changer la base de rapports contractuels parfaits en les soumettant à la loi de la situation de la chose, alors que cette loi n'a pas été celle sous l'empire de laquelle les obligations juridiques réciproques ont pris naissance en ce qu'elles ont de substantiel? Nous avons démontré que la loi de la situation de la chose doit régir l'exécution de la vente, mais non les droits de l'acheteur et du vendeur, et il ne nous semble pas qu'il y ait des raisons d'ordre public de nature à faire admettre une règle différente, lorsqu'il s'agit de l'admissibilité de l'action en rescision et des conditions requises pour l'exercice de cette action dans les rapports des seules parties contractantes.

1093. — Nous disons à dessein *seulement dans les rapports des parties contractantes,* parce que si les tiers avaient acquis des droits sur l'immeuble vendu, il nous semble qu'ils seraient fondés à invoquer la loi territoriale consacrant la rescision de la vente de l'immeuble pour cause de lésion.

Supposons, par exemple, qu'il s'agisse d'un immeuble situé en Italie, dont la vente soit susceptible de rescision aux

termes de l'article 1529 du Code civil italien. Si cette vente avait été conclue entre étrangers dans un pays étranger, et si aux termes de la loi de ce pays elle n'était pas attaquable pour lésion, le vendeur ne pourrait pas, d'après nous, invoquer la loi italienne pour demander la rescision du contrat dans ses rapports avec l'acheteur. Le législateur italien, adoptant la doctrine traditionnelle du droit romain et du droit canon, a bien admis dans l'article 1529 la rescision de la vente pour des motifs évidents d'ordre public; mais on ne saurait soutenir que l'ordre public territorial eut été atteint par le fait qu'un immeuble situé en Italie aurait été aliéné d'après des règles différentes de celles consacrées par la loi italienne, quand le titre juridique dont résulte la transmission de la propriété est régi par une législation étrangère. Mais, si les tiers, (en d'autres termes les créanciers qui considéraient avec raison les biens du vendeur comme le gage de leurs créances), étaient intéressés dans cette opération, nous pensons qu'ils pourraient requérir la rescision de la vente pour cause de lésion par application de l'article 1529 du Code civil italien. En effet, la loi qui règle la transmission et la disponibilité à titre onéreux des immeubles doit être considérée comme une loi territoriale à l'égard des tiers. Ainsi, nous n'allons pas jusqu'à prétendre que la loi qui consacre la rescision doit avoir l'autorité du statut réel, de façon à en admettre nécessairement l'application même dans les rapports personnels des parties contractantes, et contrairement à la loi du lieu du contrat sous l'empire de laquelle ces rapports ont été établis d'une façon différente. Nous avons toujours répudié la théorie traditionnelle, d'après laquelle toute disposition relative aux immeubles doit être considérée comme un statut réel, et nous n'entendons pas nous contredire en cette circonstance, en admettant que, par le seul fait que l'immeuble est situé en Italie, on doive appliquer la loi italienne qui consacre la rescision à tous les rapports privés personnels des contractants. Nous entendons au contraire, dans ce cas, comme en tout autre, maintenir le principe que

nous avons plusieurs fois énoncé, qu'on doit accorder une autorité exclusive sur le territoire de chaque État à toutes les dispositions qui ont pour objet la protection des droits des tiers, parce qu'elles doivent être considérées comme des dispositions d'ordre social.

Les tiers, qui avaient le droit de considérer les biens de leur débiteur comme la garantie de ses obligations personnelles, seraient évidemment lésés, si on pouvait par application de la loi étrangère considérer comme valable la transmission à titre onéreux d'un immeuble situé en Italie, alors que le législateur italien déclare ce contrat passible de rescision pour défaut de proportionnalité du prix à la chose vendue.

Le Code civil italien donne, du reste, (art. 1235) aux créanciers le droit d'attaquer le contrat onéreux fait par leur débiteur en fraude de leurs droits. Il nous semble hors de doute que cette disposition doit avoir une autorité territoriale, non parce qu'elle constitue un statut réel dans le sens traditionnel, mais parce qu'ayant pour objet de protéger les droits des tiers, il faut la considérer comme une loi d'intérêt social et par conséquent comme devant exercer un empire exclusif sur le territoire de l'État.

Nous n'entendons pas affirmer que la vente faite pour un prix inférieur à la moitié de la valeur doive être régie par l'article 1235, qui suppose la fraude et l'*animus frandandi.* Nous avons mentionné cette disposition par simple raison d'analogie, et pour mettre en lumière notre idée, que les tiers qui, par suite du fait du vendeur qui est leur débiteur, ne trouvent dans son patrimoine ni l'immeuble, ni le prix réel de ce bien, peuvent invoquer l'application de la loi italienne, alors que cet immeuble est situé en Italie, à seule fin d'ôter toute efficacité juridique à l'obligation consentie contrairement leurs droits légitimes, et que le législateur italien déclare immorale[1].

[1] Nous ne croyons pas pouvoir admettre cette solution de l'auteur, quand, après avoir décidé d'une façon fort juridique, qu'en principe la

§ VI.

De la loi qui doit régir la cession des créances et des autres droits.

1094. Idée de la cession. — 1095. Loi d'après laquelle on doit déterminer la validité de la cession à l'égard de la capacité et de l'objet. — 1096. Substance du contrat. — 1097. Application des principes en cas de cession faite en France ou en Italie. — 1098. Cession de droits. — 1099. Divergences des législations à l'égard de la valeur de la cession par rapport aux tiers. — 1100. Loi qui doit régir la valeur de la cession : notre opinion et critique de celle de Laurent. — 1101. Explications et démonstration de la théorie.

1094. — Nous allons traiter de la loi qui doit régir la cession des choses incorporelles, et en particulier des droits et des actions sur une chose dans le commerce, cession qui

rescision de la vente pour cause de lésion doit être régie par la loi du contrat, il dit que néanmoins, lorsque cette cause d'annulation de la convention est admise par la loi de la situation de la chose vendue, contrairement à la loi du lieu du contrat, elle peut être invoquée par les tiers intéressés, mais non par le vendeur.

Nous ne saurions en effet comprendre comment un tiers, même intéressé, pourrait, à l'exclusion du vendeur, exercer une action toute personnelle à celui-ci, puisqu'elle repose sur la présomption légale, qu'en raison des circonstances, le consentement de ce vendeur n'a pas été libre. De deux choses l'une : ou bien l'acheteur peut invoquer la cause d'annulation du contrat qui lui est essentiellement personnelle, puisqu'elle a pour base un vice de son consentement, et alors ses créanciers peuvent, en se conformant aux principes du droit en cette matière, de ce chef exercer ses droits et ses actions ; — ou bien il ne le peut pas, et alors les tiers ne le peuvent pas non plus, puisqu'ils ne pourraient le faire en qualité de créanciers du vendeur, qu'en agissant en nom personnel, pour exercer ses droits et actions. Pour admettre une soluton aussi dérogatoire aux principes du droit, à notre sens, il faudrait la trouver consacrée par une disposition formelle de la loi de la situation de la chose vendue. (Note du Traducteur C. A.).

équivaut à une vente, quand elle est faite moyennant un prix fixé en argent.

La transmission des créances, des droits actifs et de toute chose incorporelle constitue une cession dans le sens le plus étendu de ce mot et peut avoir lieu à titre gratuit et à titre onéreux. Nous entendons nous occuper seulement de la cession à titre onéreux, qui constitue une sorte de vente. On peut céder, moyennant un prix fixé en argent, l'action personnelle pure et simple, l'action personnelle à terme ou conditionnelle[1], l'action réelle telle que celle en revendication,[2] l'action mixte telle que le droit de réméré,[3] le droit de rescision, les créances, les privilèges et en général toutes les choses incorporelles. On peut se demander, en cas de concours de législations en cette matière, quelle est la loi qui doit régir la cession en général et d'une façon spéciale les droits et les obligations du cédant, du cessionnaire et du débiteur principal.

1095. — Pour décider si la cession d'un droit ou d'une action est ou non valable, il faut distinguer les différents éléments qui constituent cette opération juridique. A part la question relative à la capacité des parties, qui doit être résolue d'après les principes généraux concernant la capacité de s'obliger, il peut se présenter des difficultés en ce qui concerne la loi qui doit régir ce rapport contractuel au point de vue de ses caractères substantiels, des droits et des obligations respectifs du cédant et du cessionnaire, et de la validité de la cession tant à l'égard du débiteur principal, qu'à l'égard des tiers.

Pour dire ce qui peut ou non faire l'objet d'une cession, il faut considérer que les choses incorporelles ne peuvent pas être valablement localisées, comme les choses corporelles qui se trouvent sous l'empire de la loi de la situation de la chose.

[1] L. 17, *De hæred. vel act. vend.* XVIII, 4.
[2] L. Ult., Cod., *De hæred. vel act. vend.* IV, 39.
[3] Dalloz, *Vente*, 914, Turin, 17 germinal, an XII.

Les droits et les actions sont en effet inséparables de la personne à laquelle ils appartiennent, et on peut dire d'eux, avec raison, *ossibus personæ inhærent*, parce qu'en réalité ils accompagnent partout la personne et par conséquent ne peuvent pas être réputés soumis à une autre loi qu'à celle qui la régit elle-même. Il faut dès lors décider, par application de la loi personnelle, si un droit donné peut ou non être valablement cédé. Lorsque la loi personnelle ne contient pas de dispositions formelles autorisant ou prohibant la cession, pour dire si la transmission d'un droit donné est ou non valable, il faudra déterminer le caractère et la nature de ce droit, ou rechercher le but auquel il tend, les conditions requises pour l'exercer, et l'analogie qu'il peut présenter avec les autres droits dont la loi personnnelle autorise ou défend expressément la cession. La loi italienne,[1] par exemple (art. 1460), qui permet de céder une succession, défend la vente de la succession future conformément aux principes admis par les jurisconsultes romains, qui considèrent cette opération comme contraire aux bonnes mœurs.[2] Or, si, d'après la loi de l'héritier présomptif, de telles stipulations n'étaient pas interdites, et s'il avait cédé ses droits sur une succession future soumise à la loi italienne, une telle opération juridique devrait cependant être considérée comme nulle, par la raison que, d'après cette loi, le droit successif ne peut former l'objet d'une cession que lorsque la succession est ouverte. Le cessionnaire ne pourrait par conséquent pas venir au lieu et place du cédant prendre possession de la succession en Italie. En effet, puisque c'est d'après la loi régulatrice de la succession qu'on doit décider si le droit successif peut ou non faire l'objet d'une convention quand la succession n'est pas ouverte, la cession devrait être réputée nulle eu égard à son objet. Si cependant le

[1] Le Code français contient des dispositions analogues, art. 1689-1691. Compar. Troplong, *Vente*, n° 877 et suiv.; Zachariæ, § 359.

[2] L. 7, Dig., *De hæred. vel act. vendit.*; L. 15, Cod., *De pactis*. Compar. Pothier, *Vente*, n° 526.

cessionnaire avait payé un prix et avait contracté dans un pays où la convention serait valable, il pourrait exiger seulement la restitution du prix payé, dans les cas et sous les conditions où on peut admettre le droit d'exercer la répétition de l'indû.

1096. — En ce qui concerne la substance d'un tel contrat, nous pensons avec Laurent que, comme la cession ne diffère pas essentiellement de la vente et que les parties peuvent user de leur autonomie pour se soumettre à telle ou telle loi, en l'absence de toute déclaration expresse, il faut s'en tenir aux principes généraux, d'après lesquels on doit déterminer la loi des rapports contractuels en se basant sur l'intention des parties présumée suivant les circonstances. On peut dès lors admettre que, jusqu'à preuve contraire, les contractants ont. pour tout ce qui concerne la nature et la validité du contrat de cession et la substance des obligations respectives qui résultent de cette convention, entendu observer la loi du lieu où elles ont stipulé.

Cette règle étant admise, on devra décider d'après la loi du lieu du contrat sur ce qui concerne la nature de l'opération juridique, c'est-à-dire si elle peut être considérée comme une véritable cession, ou comme une délégation *pro solvendo,* ou comme un mandat, ou comme tout autre rapport juridique analogue à une cession, ou bien comme une novation. La nature des du rapport contractuel une fois déterminée aux termes de la loi du lieu du contrat, ce sera également d'après cette loi qu'on devra fixer la substance des obligations réciproques du cédant et du cessionnaire et résoudre toute difficulté relative aux obligations du cédant et aux droits acquis du cessionnaire, si la cession a eu lieu à titre onéreux. C'est ainsi, par exemple, qu'on devra décider, si le cédant est ou non tenu à garantir l'existence de la créance sans en garantir l'exigibilité,[1] quand il ne l'a pas expressément promis ; quelles

[1] Compar. art. 1542-1543, C. civ. italien; art. 1694, C. civ. français et art. 1397, C. civ. autrichien.

sont les conditions nécessaires pour la transmission du droit cédé et l'acquisition de ce droit par le cessionnaire; si les conditions juridiques requises pour que le contrat soit parfait ont été remplies.

1097. — A supposer par conséquent que la cession ait lieu sous l'empire de la loi française, on peut avec raison soutenir que ce contrat ne saurait être considéré comme parfait entre les parties contractantes, tant que le cédant n'a pas livré au cessionnaire le titre établissant la créance cédée. Le législateur français dispose en effet dans l'article 1689, que « dans le transport d'une créance, d'un droit ou d'une « action sur un tiers, la délivrance s'opère entre le cédant et « le cessionnaire par la remise du titre. » On ne peut dès lors, d'après cet article, considérer le contrat comme parfait que lorsque le titre de la créance a été remis au cédant par le cessionnaire. Dès lors, même si le cédant était Italien, s'il avait contracté en France avec un Français et s'il avait cédé à celui-ci une créance exigible en Italie ou en tout autre pays, on ne pourrait pas déterminer d'après la loi personnelle du cédant la nature et le caractère parfait du contrat de cession. La loi personnelle ne pourrait en effet exercer aucune influence modificatrice sur les règles générales des rapports contractuels. Par conséquent, comme on devrait, jusqu'à preuve contraire, présumer que les contractants, en passant le contrat, ont voulu se reporter à la loi française, on devrait trancher d'après cette loi toute difficulté relative à la nature du contrat et aux conditions requises pour que cet acte devienne parfait à l'égard des parties contractantes. On invoquerait dès lors inutilement la disposition consacrée par le législateur italien dans l'article 1538 du Code civil, qui dispose que « La cession d'une créance est parfaite et que la propriété « en est acquise de droit par l'acheteur ou le cessionnaire, « au moment où l'on est convenu sur la créance ou sur le droit « à céder et sur le prix, bien que la possession n'en ait pas « été transmise au moyen de la livraison du document. »

Cette disposition pourrait en effet être appliquée pour décider sur le caractère parfait du contrat de cession passé en Italie, à l'exclusion de celui passé en France. En effet, à l'égard de celui-ci on devrait toujours supposer, en vertu des règle générales, que les contractants ont entendu se reporter à la loi du lieu du contrat. La qualité d'Italien du propriétaire de la créance cédée ne pourrait pas modifier la substance des choses. En effet, d'une part, on ne pourrait pas soutenir la prépondérance de la loi personnelle et, d'autre part, le législateur italien dispose à l'article 9 des *dispositions générales* du Code civil que « La substance et les effets des obligations « sont réputés régis par la loi du lieu où les actes ont été « faits. »

A supposer, au contraire, que le contrat de cession ait été conclu en Italie entre un Français propriétaire de la créance et un Italien, on devrait observer la loi italienne, d'après laquelle la créance, l'action ou le droit patrimonial quelconque étant considérés comme des valeurs dont le propriétaire peut jouir et disposer, on applique à l'article 1538 précité le principe consacré par l'article 1125, que le transport de la propriété s'opère au moment où les parties sont tombées d'accord sur la chose et sur le prix. La remise du titre étant dès lors seule requise d'après la loi italienne pour transférer la possession de la créance et non pour transmettre la propriété, le contrat de cession, dans les rapports entre les parties, devrait être réputé parfait entre elles, indépendamment de la remise du titre, bien que la loi française dispose d'une façon différente.

Il va de soi, aussi bien dans un cas que dans l'autre, que si les parties contractantes, en France étaient toutes deux italiennes, et en Italie étaient toutes deux françaises, on devrait appliquer la loi italienne ou la loi française, en vertu des principes généraux relatifs à la loi des rapports contractuels.

1098. — Nous croyons utile de noter que, les droits réels

étant susceptibles de cession, si on cédait un droit réel ou un droit personnel sur un immeuble ou sur des choses mobilières déterminées dans leur individualité, il faudrait observer la loi du lieu où se trouveraient ces choses pour rendre la cession valable. Par conséquent la cession du droit d'usage ou d'habitation faite par un étranger et relative à un terrain ou à une maison situés en Italie ne pourrait pas avoir de valeur juridique, bien qu'elle put en avoir d'après la loi personnelle du cédant, et cela en vertu du principe général, que les choses sont soumises à la loi de la situation en ce qui concerne leur condition juridique comme objets de droit. Même dans l'hypothèse où le cessionnaire aurait payé le prix, il ne pourrait pas exercer son droit, mais seulement exiger la restitution de ce qu'il aurait indûment payé. On appliquerait alors les mêmes règles qu'en cas de vente d'une chose dans le commerce d'après la loi du lieu du contrat et hors du commerce d'après celle de la situation.

Maintenant nous allons parler de la validité de la cession à l'égard des tiers.

Les lois diffèrent au point de vue des conditions requises à cet effet. Le législateur italien dispose ainsi dans l'article 1539 du Code civil : « Le cessionnaire n'a de droits à l'égard « des tiers qu'après avoir fait la notification de la cession « consentie, ou que lorsque le débiteur a accepté la cession « par acte authentique. »

Une disposition conforme se trouve édictée dans l'article 1690 du Code civil français et dans d'autres législations et notamment dans celle en vigueur en Ecosse.[1] Au contraire, d'après Story,[2] aux termes de la loi anglaise, la notification n'a pour résultat que de décharger le débiteur de l'obligation de payer au cédant, de telle sorte que si, ignorant la cession, il payait dans les mains du créancier primitif ou dans celles d'un tiers auquel le règlement de la dette aurait été confié, il

[1] Kames, *On equity*, B. 3, ch. 8, § 4; Huber, *De conflictu legum*.
[2] *On Equity of jurisprud.* § 421; *Conflict of Laws*, § 386.

ne serait tenu à rien envers le cessionnaire. Mais si la créance était saisie par un tiers dans les mains du débiteur antérieurement à la notification, et qu'au cours de l'instance le cessionnaire notifiât la cession à lui faite avant que la créance n'eût été recouvrée par le saisissant, celui-ci n'aurait aucun droit de préférence à l'encontre du cessionnaire, et le débiteur cédé serait tenu de payer au cessionnaire. Ce système prévaut également dans le Code civil autrichien, car l'article 1395 dispose que « le débiteur, tant que le cessionnaire ne lui est « pas connu, a le droit de payer son premier créancier ou de « s'accorder avec lui d'une autre façon (art. 1396); cela n'est « plus permis au débiteur aussitôt que le cessionnaire est « notifié, mais il lui reste le droit d'opposer ses exceptions « contre la créance. »

1099. — Etant données ces divergences législatives, on doit admettre que, d'après les lois de certains pays, la dénonciation de la cession peut être réputée requise à seule fin d'avertir le débiteur de la cession, pour qu'il ne paye plus au cédant, mais au cessionnaire, et que celui-ci peut exercer ses droits à la seule condition de faire notifier la cession au débiteur avant que ce dernier n'ait payé au cédant ou à un créancier du cédant. Au contraire, dans le système admis en Italie, la dénonciation est requise dans un double but : d'abord, pour avertir le débiteur de la cession, afin qu'il ne paye plus au cédant mais au cessionnaire, ensuite pour *rendre la cession publique* à l'égard des tiers, pour que ceux qui ont des droits à exercer contre le cédant ou qui entendent en acquérir relativement à la créance soient avertis que la créance ne fait plus partie du patrimoine du cédant, mais de celui du cessionnaire. Dès lors, tant que la cession n'a pas été rendue *publique* à l'aide de la notification, on ne peut pas considérer le transport comme accompli à l'égard des tiers, et la créance doit

toujours être considérée comme la propriété du cédant. Il en est de même dans le système consacré dans le Code civil français.

1100. — A supposer qu'une créance ait été cédée dans un pays régi par les premières lois, et qu'elle ait été saisie avant la notification, on peut se demander si, en ce qui concerne la validité de la cession à l'égard des tiers, on doit appliquer la loi du lieu du contrat, celle du propriétaire de la créance ou celle du débiteur.

Lord Kames[1] soutient qu'une créance n'est pas un *corpus* susceptible d'une position locale quelconque mais un *jus incorporale* : toutefois, considérant que c'est un objet en la possession du créancier, il pense qu'on doit admettre une fiction et qu'il est plus naturel de la faire résider au domicile du créancier qu'à celui du débiteur. Il en conclut qu'en cas de conflit de législations, la loi qui doit prévaloir est celle du créancier. Quand le créancier cède volontairement sa créance d'après la loi de son pays, le cessionnaire acquiert le juste titre pour recueillir partout le paiement de préférence à toute autre personne, et son titre doit être considéré comme parfait *jure gentium*, par application de la maxime, *mobilia non habent sequelam.*

Dans la première édition de cet ouvrage, nous avions fait remarquer que, par le fait de la cession, le créancier ne cède pas en réalité son droit personnel, mais les actions qu'il peut exercer contre son débiteur, et que le cessionnaire acquiert la faculté d'agir contre le débiteur, non comme mandataire, mais comme *procurator in rem suam,* et qu'en considérant que la créance ne peut être localisée qu'au lieu où elle est exigible, c'est-à-dire au domicile du débiteur, les effets de la cession à l'égard des tiers doivent être déterminés d'après la loi du domicile du débiteur.[2]

[1] *On equity*, B. 3, ch. 8, § 4.
[2] Voir § 342 de l'édition de 1869.

Laurent combat notre opinion et soutient que le débiteur n'est pas en cause; que le cessionnaire ne peut acquérir la propriété de la créance à l'égard des tiers qu'en remplissant certaines formalités qui ont pour objet la publicité de la cession : que lorsque les tiers sont intéressés le statut est réel et que par conséquent il ne saurait être question de la loi du débiteur.[1]

Nous n'avions certes pas entendu soutenir en principe une autre doctrine. Nous avons en effet toujours dit que toute loi qui édicte certaines formalités pour la publicité des actes à l'égard des tiers doit avoir une autorité territoriale. Nous nous étions proposé seulement de fixer la loi d'après laquelle on devait déterminer les formalités requises pour rendre la cession d'une créance valable à l'égard des tiers. Partant du principe que la créance est exigible au domicile du débiteur, nous avions soutenu qu'on devait appliquer la loi du débiteur, c'est-à-dire celle du lieu où la créance peut être recouvrée, pour déterminer les formalités indispensables pour rendre la transmission de cette créance opposable aux tiers. Par conséquent nous continuons à enseigner cette opinion et, partant de l'idée que la créance ne saurait être localisée qu'au lieu où elle peut être recouvrée, nous sommes d'avis que c'est d'après la loi en vigueur en ce lieu qu'on doit trancher toute question relative aux formalités indispensables pour rendre la cession publique et relative aux conséquences, qui peuvent résulter à l'égard des tiers du défaut de signification.

Supposons qu'une créance, appartenant à un Anglais et exigible en Italie, ait été cédée en Angleterre, et qu'avant la notification de la cession au débiteur, cette créance ait été saisie dans les mains de ce dernier par un créancier du cédant anglais. Si le cessionnaire notifie sa cession au débiteur après la saisie et avant que la créance n'ait été recouvrée, il ne pourra pas prétendre à un droit de préférence à l'encontre du saisissant, en se prévalant de la loi anglaise sous l'empire

[1] Laurent, *Droit civil international*, t. VIII, § 133.

de laquelle a été opérée la cession, et en soutenant que, puisque la créance appartient à un Anglais, elle ne saurait être localisée comme une chose soumise à l'empire de la loi de la situation de la chose, mais qu'on doit au contraire la présumer, comme étant en la possession du créancier, localisée à son domicile et par conséquent régie par la loi anglaise.

Pour combattre cette opinion, on peut dire que la possession d'une créance exigible en Italie ne pouvant à l'égard des tiers être transmise qu'en conformité de la loi de notre pays où cette créance est exigible, et que cette loi imposant la publication de la cession pour qu'elle soit opposable aux tiers, il en résulte qu'on doit considérer comme valable le droit acquis au moyen d'une saisie pratiquée par le créancier du cédant, même si cette saisie est contraire au droit du cessionnaire, quand celui-ci a négligé la notification et la publicité de la cession. La notification postérieure à la saisie et avant le paiement de la dette au saisissant ne serait valable que pour la partie de cette dette qui ne serait pas atteinte par la saisie; mais elle ne pourrait pas avoir pour effet d'invalider le droit de préférence du saisissant, puisqu'en ce qui concerne ce dernier la créance doit toujours être considérée comme dans le patrimoine du cédant.[1]

1101. — Nous concluons, par conséquent, que toute question, relative à la transmission de la propriété d'une créance aussi bien que de toute autre chose, peut être résolue aux termes de la loi du contrat, alors seulement qu'il s'agit des rapports personnels et des intérêts des contractants, mais qu'elle doit être tranchée par rapport aux droits des tiers par application de la *lex rei sitæ,* sous l'empire de laquelle les

[1] Compar. Mirabelli, *Del diritto dei terzi,* T. I, p. 329; Pacifici-Mazzoni, *Della vendita*, T. II, n° 184 et suiv.; Cuturi, *Della vendita*, 178 et suiv.; Zachariæ, § 339 bis; Troplong, *Vente*, n° 926; Marcadé, art, 1690, n° 2; Toullier, T. VI, n° 285; Duranton, n° 500; Gide, *Etude sur la novation et le transport des créances*; Paris, 9 février 1837, 18 mars 1839, 26 juin 1843 (Sirey, 1839, 2, 262; 1839, 2, 182; 1843, 2, 523); Cass. française, rej. 18 juin 1843 (Sirey, 1843, 1, 908).

intéressés ont acquis et peuvent faire valoir leurs droits à l'égard de la chose, que celle-ci soit un immeuble ou un meuble ayant une assiette fixe, en d'autres termes un meuble localisé, et que dès lors, en ce qui concerne la créance, une telle question doit être résolue d'après la loi du lieu où cette créance est exigible, parce que c'est là qu'elle doit être considérée comme localisée.

CHAPITRE III.

DU CONTRAT DE LOUAGE.

1102. — Ordre des matières.

1102. — Le contrat de louage peut avoir pour objet les choses ou les œuvres. Le louage des choses consiste en général en une convention, par laquelle une des parties s'oblige à faire jouir l'autre d'une chose pendant un temps déterminé en échange d'un prix fixé, et par laquelle l'autre s'oblige à payer le prix stipulé. Le louage des œuvres (d'ouvrage ou d'industrie) peut, suivant la distinction établie par les jurisconsultes romains, être de deux sortes: Il peut avoir pour objet: soit l'obligation qu'une personne contracte de travailler pour le compte d'autrui, moyennant un prix ou une prestation en nature, soit celui d'exécuter un ouvrage déterminé moyennant un prix convenu, *locatio operarum* et *locatio operis*.[1]

[1] Dig., *De loc. cond.* XIX, 2; *Serafini*, traduction italienne de Arndts, t. III, § 309; Vitalevi, *Della locazione delle opere*, Turin, 1876.

§ I.

De la loi qui doit régir le louage des choses.

1103. Analogie du louage et de la vente. — 1104. Loi qui doit règler la capacité des parties. — 1105. Louage des immeubles. — 1106. Loi qui doit régir la nature du droit résultant du contrat. — 1107. Diversité des principes à cet égard. — 1108. De la forme du contrat de louage. — 1109. Autorité de la *lex rei sitæ*. — 1110. De la substance des obligations du bailleur et du preneur. — 1111. Autorité de la loi en cas d'incendie de la chose louée. — 1112. Quand doit-on admettre l'autorité de la loi de la situation. — 1113. Quand le contrat conclu à l'étranger peut-il être réputé inefficace. — 1114. De la réduction des loyers à la suite de la perte de la récolte. — 1115. De la vente de la chose louée au cours du bail. — 1116. Autorité de la *lex rei sitæ* et de la *lex loci contractus* dans les rapports entre le vendeur, le bailleur et le preneur.

1103. — Le contrat de louage, eu égard à sa nature, est en principe un contrat bilatéral, à titre onéreux, commutatif et consensuel. Il présente beaucoup d'analogies avec la vente. Aussi doit-on admettre en principe que, si les stipulations qui y sont relatives rentrent dans le domaine de l'autonomie des parties contractantes, cette autonomie peut être limitée, à un certain point de vue, en vertu de la loi personnelle, et à un autre point de vue, en vertu de la loi territoriale en vigueur au lieu où se trouve la chose objet du contrat de louage, ou en vigueur au lieu dans lequel la personne doit fournir ses services ou exécuter le travail convenu.

Les principes, que nous avons exposés à l'égard du contrat de vente, peuvent dans beaucoup de cas servir à résoudre les difficultés relatives au contrat de louage, étant donnée la grande analogie de ces deux matières. « *Locatio et conductio*, « disait Gaius, *proxima est emptioni et venditioni: iisdemque* « *juris regulis consistit. Nam ut emptio et venditio* (*ita*) *contra-*

« *hitur, si de pretio convenerit: sic et locatio et conductio contrahi* « *intelligitur, si de mercede convenerit* ».[1] Il faut néammoins déterminer l'autorité respective en cette matière des lois personnelle, du lieu du contrat, et territoriale.

1104. — Pour tout ce qui concerne la capacité des parties contractantes, il faut d'après les principes généraux admettre que toute question doit-être résolue aux termes du statut personnel. C'est ainsi qu'on doit décider la question de la faculté pour les administrateurs étrangers de consentir une location pour une certaine période d'années. Par conséquent la défense faite par un certain nombre de lois, telles que la législation italienne (art. 1573 C. civ.), aux administrateurs de passer un bail pour plus de neuf ans, n'est pas obligatoire pour les administrateurs étrangers dont le statut personnel édicte une règle différente. La situation de l'immeuble sur le territoire italien ne constituerait pas une raison suffisante pour assujettir ces administrateurs à l'autorité de la loi italienne, puisque la disposition de l'article 1573 ne peut pas être considérée comme faisant partie du statut réel, la capacité de faire certains actes relatifs aux immeubles devant être régie exclusivement par la loi personnelle, quand ces actes, loin d'affecter les intérêts sociaux du pays de la situation, concernent seulement les intérêts privés ou ceu xde la famille.

1105. — Certains auteurs ont considéré le louage des immeubles comme régi entièrement par la loi territoriale. Ils ont posé en principe, que le droit du preneur sur la chose louée était un droit réel, et en ont déduit que, puisque tout droit de ce genre doit être soumis à l'empire de la loi de la situation, il devrait en être ainsi du bail des immeubles. Cette opinion fut la conséquence de la théorie de Troplong[2] qui, se

[1] L. 2, Dig., *De loc. et cond.*, XIX, 2; *Inst., De loc. et cond. princ.*, III, 24. Voir aussi Gaius, III, 143.
[2] *Du louage*, n° 491 et suiv.

basant sur l'article 1443 du Code civil français, presque identique à l'article 1597 du Code italien, soutint que le louage donnait naissance à un droit réel. Partant de là, certains juristes, entre autres Fœlix[1], conclurent que le bail des immeubles devait être réglé par la loi territoriale. Mais aujourd'hui la grande majorité des auteurs rejette cette opinion incontestablement inexacte et, tout en étant d'avis que la loi territoriale, ainsi que nous le dirons plus bas, peut exercer son autorité à l'égard de certains rapports en matière de louage, elle refuse d'accorder à la matière de ce contrat le caractère de droit réel et par conséquent n'admet pas que les dispositions concernant le louage constituent un statut réel.

D'après nous, cette question n'a qu'une importance secondaire. En effet, quand bien même on pourrait, par application des règles consacrées par la loi territoriale, soutenir que le droit résultant du louage des immeubles aurait le caractère de droit réel, on n'en pourrait pas conclure que la loi applicable au louage dût être considérée comme un statut réel et attribuer ainsi une autorité territoriale à toutes ses dispositions. On devrait au contraire, ainsi que nous l'avons dit à propos de la vente, distinguer d'une part ce qui peut être dans le domaine de l'autonomie des parties (ce qui par conséquent, pouvant de leur part être l'objet de conventions expresses, doit être considéré comme ayant été tacitement stipulé par le fait qu'elles se sont soumises à la loi sous l'empire de laquelle elles ont contracté), et d'autre part ce qui doit être considéré comme en dehors de cette autonomie et ce qui dès lors est soumis à l'empire de la loi territoriale, en tant que cette loi a pour but de sauvegarder les intérêts sociaux et les droits des tiers. On doit donc admettre la prépondérance de la *lex loci contractus* ou de la *lex rei sitæ*, suivant qu'il s'agit de l'une ou de l'autre catégorie de choses.

1106. — En ce qui concerne la nature du contrat, s'il y

[1] *Droit international privé*, T. I, p. 124.

avait lieu de la déterminer d'après l'intention des parties, alors que celles-ci appartiendraient à des pays différents, on devrait appliquer la loi du lieu du contrat. C'est ce qu'on devrait faire dans l'hypothèse où il y aurait doute sur le point de savoir si le contrat devrait être considéré comme un louage ou comme une vente de produits à venir. Si l'on suppose, par exemple, que quelqu'un a concédé à une autre personne la jouissance d'une carrière ou d'une mine pour un temps déterminé en échange d'un prix fixé, on pourrait se demander si ce contrat devrait être considéré comme le bail d'un fonds ou comme une vente de produits. De même, à supposer qu'il s'agisse d'une location d'immeubles, il pourrait exister un doute sur le caractère d'une telle convention, et on pourrait se demander si elle constitue un bail à ferme, une antichrèse, ou une variété quelconque de colonat.

Un très grand nombre de questions controversées ont été examinées par les juristes et diversement résolues[1]. Comme en réalité tout doit dépendre de l'intention des parties contractantes et des circonstances, et comme l'intention doit être déterminée d'après la loi contractuelle, il est clair que cette loi, sous l'empire de laquelle les parties se sont engagées, peut, en l'absence de stipulation expresse, être décisive pour fixer la nature du contrat suivant la règle ainsi formulée par Voët : *Quod si de ipso contractu quæratur, seu de natura ipsius, seu de iis quæ ex natura contractus veniunt, etiam spectandum est loci statutum ubi* CONTRACTUS CELEBRATUR *quod et contrahentes semet accordare præsumuntur.*[2]

[1] La Cour de cassation de Turin a décidé que la concession du droit d'extraire des pierres d'un fonds ne peut pas être considérée comme une location de l'immeuble sur lequel il existe une carrière, mais comme une vente des choses mobilières, en d'autres termes des pierres à extraire. Sentence du 11 septembre 1871 (Bettini, XXIII, 1, 621.

[2] Voët, *De stat.*, § 9, cap. 2, § 10. Compar. pour déterminer la valeur des circonstances à l'égard de l'intention des contractants : Bartole, *Ad Legem*, I, Dig., *De super.*, XLIII, 18; Carroccius, *Tractatus loc. et cond.*, pars 1°, quæst. IV; Pothier, *Traité du contrat de louage*, n° 4; Merlin, *Répert.*, V° Bail; Pacioni, *Tractatus de loc. et cond.*, cap. II, n° 20 et

Cette question de la nature du contrat est très importante eu égard à la détermination des obligations respectives des contractants. En effet il existe une différence substantielle entre celles résultant d un contrat de louage et celles résultant d'une vente de produits, et les droits sur la chose diffèrent complètement, suivant qu'il s'agit de l'un ou l'autre de ces contrats. Il ne nous appartient pas cependant d'établir ces différences.

1107. — Nous croyons toutefois utile de noter que les principes, que nous venons de formuler relativement à la nature du contrat, ne seraient pas applicables si la question se posait relativement à la nature du droit conféré en vertu du contrat. Autre chose est en effet la nature de l'opération juridique, et autre chose la nature du droit contractuel. Ainsi, par exemple, s'il s'agissait de savoir si la jouissance d'un immeuble ou du produit de cet immeuble consentie en vertu du contrat doit être considérée comme une valeur mobilière ou comme un droit réel, cette question ne pourrait pas, à notre sens, être résolue d'après la loi du lieu du contrat qui, ainsi que nous l'avons dit doit servir à déterminer la nature de la convention. De même que la condition juridique des choses en tant qu'objets du droit doit être déterminée d'après la loi de la situation de la chose, de même la nature de tout droit résultant d'un contrat ou de toute autre cause juridique doit être fixée d'après la loi en vigueur au lieu où le droit acquis doit être exercé. Nous disons cela parce que, suivant sa nature, qui fait qu'il est personnel ou réel, le droit crée ou non des rapports directs et immédiats avec la chose, rapports d'où résultent ensuite les droits et les actions qui peuvent appartenir à la personne à l'égard de la chose et à l'égard des tiers, qui possédent ou détiennent cette chose, de sorte que toute cette matière doit être régie par la loi de la situation.

suiv.; Dalloz, *Répert.*, V° Loi, n° 21 ; Duranton, XVII, 17; Duvergier, I, 33; Troplong, art. 1709; Marcadé, art. 1713.

On devra par conséquent décider d'après cette dernière loi, si le droit du preneur peut être considéré comme un droit réel ou personnel, tout en admettant néanmoins que la nature de la convention doit être déterminée d'après la loi du lieu du contrat. On applique au louage les mêmes principes qu'à l'usufruit basé sur la loi étrangère, qu'à l'emphytéose et qu'à tous autres rapports concernant les choses ; car toujours on doit déterminer d'après la loi de la situation de la chose la nature du droit, nonobstant qu'il ait pour principe la loi étrangère.

1108. — Pour ce qui concerne la forme du contrat de louage, on peut admettre qu'elle peut être régie par la loi du lieu du contrat, toutes les fois qu'il s'agit d'établir l'existence de ce contrat et celle des obligations et des droits réciproques dans les rapports des parties contractantes, en vertu de la règle générale *locus regit actum*. La preuve de l'obligation contractuelle doit en effet être administrée aux termes de la loi sous l'empire de laquelle les rapports contractuels ont pris naissance et d'après laquelle doivent être déterminés les modes de preuves propres à en établir l'existence. On doit dès lors admettre la validité des conventions verbales passées suivant les conditions admises par la loi du lieu où les parties se sont obligées, à la condition cependant que les tiers n'aient aucun intérêt dans l'affaire. Par conséquent on pourra recourir à la preuve testimoniale dans les cas et dans les conditions prévus par la loi du lieu du contrat.

Il faut admettre que ce principe peut être applicable entre bailleur et preneur relativement à l'existence du contrat de louage qu'ils ont conclu. Si cependant la loi du lieu de la situation de la chose était différente de celle du lieu du contrat, et s'il s'agissait de déterminer les conséquences ultérieures qui peuvent résulter du contrat suivant qu'il a été passé par écrit ou conclu verbalement, il faudrait observer les dispositions de la loi du lieu de la situation de la chose. Ainsi, par exemple, s'il s'agissait de la location verbale d'un immeuble

situé en France conclue en Italie entre un Italien et un Français, il nous semble qu'on devrait admettre, même devant les tribunaux français, l'administration de la preuve de ce contrat d'après les principes consacrés par le législateur italien. Aucun obstacle ne devrait résulter à cet égard du fait que l'immeuble loué est situé en France et que la preuve testimoniale est exclue aux termes de l'article 1715 du Code civil français ; c'est qu'en effet il s'agirait uniquement d'établir l'existence du bail entre le bailleur et le preneur.

Zachariæ dit avec raison que les modes de preuve, à l'aide desquels on peut établir l'existence juridique des contrats conclus en pays étrangers et les modifications qui peuvent y avoir été apportées par des conventions accessoires et subséquentes, doivent être déterminés suivant la loi du pays où ces actes ont été conclus, et que dès lors le juge doit admettre la preuve testimoniale quand la loi du lieu où a été passée la convention n'exige pas l'acte écrit et admet la preuve par témoin.[1]

1109. — Si cependant il s'agissait de préciser les conséquences du contrat écrit ou non écrit dans les cas prévus aux articles 1736, 1738, 1759 et 1776 du Code civil français, on devrait observer les dispositions de ces articles, parce que les règles qui y sont consacrées ne concernent pas l'existence du contrat, mais les conséquences ultérieures de cet acte au point de vue des rapports entre le preneur et la chose louée, à l'égard notamment de la cessation du bail et de la tacite reconduction. Or comme ces rapports sont établis au lieu de la situation de la chose louée, et qu'ils peuvent être réglés d'une façon différente par la loi, suivant qu'il existe ou non un acte écrit, on doit admettre l'autorité de la *lex rei sitæ*.

On doit en outre décider que, si d'après la loi du lieu de la situation de la chose louée, l'acte écrit était indispensable

[1] Zachariæ, § 21.

non comme mode de preuve mais comme élément substantiel nécessaire pour l'existence du contrat et pour la manifestation valable du consentement, il faudrait observer cette loi et considérer comme inutile la demande d'application des dispositions contraires de la loi du lieu du contrat. Il en serait ainsi notamment dans le cas d'une location d'immeubles situés en Italie conclue pour une période excédant neuf années, location qui, aux termes de l'article 1314, paragraphe 4, du Code civil italien, devrait être conclue par acte écrit, public ou privé et ne pourrait pas, en l'absence d'acte écrit, être considérée comme existante, quelle que pût être du reste la valeur de la chose louée. Vainement on invoquerait la loi du lieu du contrat qui disposerait autrement, parce qu'en réalité il ne s'agirait pas d'une question de forme, mais d'une condition substantielle exigée pour la validité de l'opération juridique en Italie, où elle doit produire effet.

Avec plus de raison encore on doit admettre l'autorité de la loi de la situation de la chose pour tout ce qui concerne les formalités requises pour rendre le contrat valable à l'égard des tiers. C'est ainsi, par exemple, qu'on doit décider en ce qui concerne la nécessité de la transcription requise par la loi italienne (art. 1392 C. civil, n° 5) pour le contrat de louage d'immeubles conclu pour plus de neuf ans.[1]

1110. — Les conditions substantielles des obligations principales du bailleur et du preneur doivent être déterminées aux termes de la loi du lieu du contrat, qui doit aussi servir à résoudre toutes les questions relatives à l'action en dommages-intérêts, à la résolution du contrat, à la garantie, aux conséquences des dégradations et de la perte de la chose, sans qu'il nous soit à cet égard nécessaire de répéter ce que nous avons dit plus haut à propos des obligations qui dérivent de la vente. De même le droit pour le preneur de sous-louer et de céder la chose louée à un tiers doit être déterminé

[1] Voir Brocher, *Droit internat. privé*, t. II, p. 199.

d'après la loi du lieu du contrat. Par conséquent, si cette loi lui refusait ce droit en l'absence de stipulation expresse dans l'acte de location, il ne pourrait pas sous-louer sous le prétexte que la loi de la situation de la chose lui reconnaîtrait ce droit s'il ne lui était expressément interdit dans le contrat. En effet l'extension de tout droit acquis en vertu du contrat doit dépendre de la loi contractuelle.

1111. — Notons cependant que certaines dispositions, consacrées par la loi de la situation de la chose pour règler certains faits juridiques connexes à la location des choses et réalisés sur le territoire où celles-ci se trouvent, doivent être appliquées, bien que le contrat ait été conclu dans un autre pays régi par une loi disposant autrement en cette matière.

Par exemple, le Code civil italien règle dans les articles 1589 et 1590 les conséquences de l'incendie de la chose louée et les responsabilités qui en peuvent résulter, détermine l'obligation du locataire et indique dans quelle proportion les différents locataires qui habitent la maison incendiée devront des dommages-intérêts. Il nous paraît hors de doute que les dispositions de ces articles doivent avoir une autorité territoriale. Ayant en effet pour but de règler le fait juridique qui s'est produit sur le territoire et les conséquences de ce fait, elles doivent avoir le caractère de lois territoriales. Dès lors si une maison située en Italie et appartenant à un étranger avait été louée par celui-ci en vertu d'un bail passé à l'étranger, on devrait cependant appliquer la loi italienne pour déterminer la répartition des dommages-intérêts entre les locataires.

On doit toutefois entendre la règle que nous venons de poser, en ce sens que la loi territoriale doit être appliquée de préférence à la loi du lieu du contrat pour régler les suites de l'incendie, en l'absence de conventions spéciales stipulées au contrat, Par conséquent si, le contrat ayant été conclu à l'étranger, le preneur avait pris à sa charge tous les risques indistinctement, et si aux termes de la loi du lieu du contrat

cette stipulation devait être entendue, en ce sens que le preneur devrait souffrir tous les risques y compris l'incendie survenu malgré que le locataire ait apporté à la conservation de la chose la diligence de tout père de famille soigneux, [1] ce locataire ne pourrait pas prétendre être déchargé de tous dommages-intérêts s'il administrait la preuve de sa diligence aux termes de la loi territoriale, et vainement il invoquerait la disposition de cette loi qui l'exonérerait de toute indemnité dans le cas où il établirait sa diligence. On ne peut pas en effet soutenir qu'il s'agit là d'une loi territoriale à laquelle il ne puisse être dérogé par stipulation expresse contraire.

Pour la même raison, si un Français avait, par un bail passé en France, loué à plusieurs locataires appartenant à des pays différents une maison qu'il possédait en Italie et si cet immeuble était ensuite incendié, les locataires devraient-ils être solidairement responsables du sinistre aux termes de l'article 1734 du Code civil français ou seulement en proportion de la partie de maison louée par chacun suivant les dispositions de l'article 1590 du Code civil italien ? Nous pensons qu'on devrait appliquer la loi du lieu du contrat, par conséquent la loi française, parce qu'il s'agirait de déterminer l'étendue de l'obligation contractée par des co-débiteurs On doit en effet toujours décider d'après la loi du lieu du contrat si l'obligation des co-débiteurs est divisible ou solidaire et, en l'absence d une stipulation expresse, il nous semble que cette question doit-être résolue par application, non de la loi du lieu de la situation de la chose, mais de celle du lieu du contrat.

1112. — Il nous semble de plus que, lorsqu'après l'expiration du terme fixé dans le bail passé à l'étranger, le locataire se maintient en possession de la chose louée, on doit pour déterminer les conséquences juridiques de la continuation

[1] Compar. Code civil autrichien, art. 1106.

de jouissance, appliquer la loi de la situation plutôt que celle du lieu du contrat. Il s'agit en effet de régler les conséquences légales du fait juridique qui vient à se produire au lieu de la situation de la chose possédée.

On devrait décider de même, lorsque dans le bail passé à l'étranger on n'aurait pas stipulé le terme de la location et qu'on devrait le fixer d'après les usages locaux. Il nous paraît évident qu'on devrait encore appliquer la loi territoriale, parce que c'est toujours, d'après les principes d'économie générale et des intérêts de l'agriculture que le législateur fixe la durée du bail en l'absence d'une stipulation expresse.

Il faut, pour résoudre toute question relative à cette matière, avoir toujours présente à l'esprit l'idée que la location des immeubles, même en admettant qu'elle n'engendre aucun droit réel, crée entre le preneur et la chose certains rapports qui doivent être régis par la loi territoriale; car cette loi peut régler certaines conséquences résultant de la location des immeubles, au même titre qu'elle peut déterminer souverainement les conséquences qui dérivent de la possession et de tout fait juridique relatif aux choses. Par conséquent, même en admettant que tout ce qui est dans le domaine de l'autonomie des parties doit dépendre de leur intention telle qu'elle est présumée d'après la loi du contrat, on doit décider que la loi territoriale régit tous les rapports de fait concernant la chose, qui doivent être soumis à l'autorité de la *lex rei sitæ*, soit pour assurer la protection des intérêts généraux, soit pour régler les conséquences du fait juridique, soit pour constater certaines circonstances de fait. On pourra ainsi admettre que c'est d'après la loi du lieu du contrat qu'on devra décider : si le locataire est tenu, en l'absence de toute convention spéciale de maintenir la chose en état de servir à l'usage en vue duquel elle a été louée ; si le preneur peut, en raison des détoriations qui se sont produites, réclamer la diminution des loyers ou la résiliation de bail, s'il peut ou non changer la forme de la chose louée et quels sont les droits acquis par lui en vertu du

contrat à cet égard : si le contrat de louage doit ou non être réputé résolu de plein droit par la mort du locataire ou par celle du bailleur. On devra au contraire appliquer la loi de la situation de la chose pour déterminer quelles sont les réparations nécessaires, comment les réparations urgentes doivent être exécutées, et quand les troubles à la possession du preneur doivent être considérés comme existant, et quelles peuvent être les conséquences de ces faits par rapport aux tiers.

1113. — Maintenant nous allons nous occuper de la force exécutoire du contrat conclu à l'étranger.

Il faut à cet égard admettre l'autorité de la loi de la situation de la chose, en ce sens que si une catégorie donnée de bail n'était pas admise d'après la loi du pays où se trouverait la chose louée, le contrat conclu à l'étranger, bien que valable aux termes de la *lex loci contractus*, ne pourrait avoir aucune force juridique contrairement aux dispositions de la *lex rei sitæ*. C'est en ce sens qu'on devrait décider à l'égard de certaines sortes de colonats, qui ne seraient pas admis par la loi de la situation de la chose, parce qu'ils pourraient avoir pour effet d'établir certains liens personnels entre le bailleur et le preneur, liens que la loi territoriale considérerait comme contraires aux principes d'ordre public et de droit public territorial.

On doit en outre regarder comme sans valeur le contrat conclu à l'étranger pour une durée supérieure au terme maximum fixé par la loi territoriale. Par conséquent, s'il s'agissait du bail d'un immeuble situé en Italie, conclu pour plus de trente ans, ce contrat serait inefficace quant à la la durée des engagements. En effet il est défendu par l'article 1571 du Code civil italien de stipuler une location d'immeubles pour plus de trente années, et cette disposition, basée sur des principes d'intérêt général, doit être considérée comme étant une loi territoriale. Il faut donc admettre en principe que les restrictions légales concernant la durée des baux d'immeubles doivent être regardées comme établies

dans l'intérêt public, et dès lors comme impératives à l'égard de tous sur le territoire de l'Etat où elles sont édictées.

1114. — La réduction des loyers à la suite de la perte de la récolte doit-elle être régie par la loi du lieu du contrat ou par celle du lieu de la situation de la chose louée ? Les législations diffèrent à ce sujet. Les unes admettent le droit à la réduction en excluant la compensation entre les années d'abondance et celles de stérilité, lorsque le bail est passé pour plusieurs années [1]. D'autres, et notamment le Code civil italien (art. 1617), et le Code civil français (art. 1769), disposent que la réduction ne peut être accordée que lorsque la perte de la récolte ne peut pas se compenser avec les avantages obtenus à la suite de précédentes récoltes.

Brocher soutient qu'on doit appliquer la loi territoriale, parce que la réduction des loyers serait la conséquence du fait juridique, qui se serait produit sur le territoire où la chose louée est située.

Nous sommes d'un avis contraire : en effet l'étendue des obligations synallagmatiques et la responsabilité en cas d'inexécution des conventions devant être régies par la loi sous l'empire de laquelle les parties se sont obligées, il doit en être de même des suites de la perte des récoltes et des éventualités qui peuvent restreindre la jouissance de la chose louée. Le preneur pourrait par stipulation expresse prendre ou non à sa charge toutes les pertes résultant d'inondation, de grêle ou d'autres événements analogues, et cette stipulation serait incontestablement obligatoire nonobstant toute disposition contraire de la loi de la situation de la chose louée. Or il nous semble que, lorsque les parties ont contracté sous l'empire d'une loi qui règle les conséquences des éventualités défavorables, qui peuvent se produire au cours de l'exécution du contrat, et n'ont formulé aucune clause relative à ces éventualités, on doit admettre qu'elles ont entendu

[1] Compar. Code autrichien, art. 1105.

se référer complètement à ce sujet à la loi du lieu du contrat.

1115. — On peut se demander quel est le résultat de la vente de la chose louée au cours du bail.

Le législateur italien formule la règle suivante dans l'article 1597 du Code civil : « Si le bailleur vend la chose louée, « l'acheteur est tenu de s'en tenir à la location, quand celle-ci « est antérieure à la vente et résulte d'un acte public « ou d'une écriture privée de date certaine, si le bailleur « lui-même ne s'est pas réservé le droit de résoudre la loca- « tion en cas de vente ».

Cette disposition est plus large que celle de l'article 1743 du Code civil français. Comme ce dernier article dit que « l'acquéreur ne peut expulser », on l'a entendu dans un sens plus restreint, et on l'a considéré comme applicable dans le seul cas où le preneur se trouve avoir la jouissance actuelle de la chose louée. Le législateur italien a encore été plus loin, en admettant dans l'article 1598 que, même en l'absence d'un acte public ou d'une écriture privée ayant date certaine, le preneur qui se trouve en possession du fonds loué et dont la possession est antérieure à la vente peut continuer à jouir de la chose pendant le temps pour lequel sont présumées faites les locations stipulées pour une période indéterminée. Au contraire dans les pays, où se trouvait en vigueur la fameuse constitution *emptorem* de l'empereur Alexandre, prévalait la règle opposée permettant à l'acheteur de rompre le bail.

Quelle doit-être l'autorité de telles dispositions légales ? Doit-on attribuer le caractère de statut réel aux articles 1597 du Code civil italien et 1743 du Code civil français ?

Pour résoudre cette question, il faut nettement distinguer les deux points de vue différents auxquels elle peut être envisagée, celui concernant les rapports entre le bailleur et le preneur, et celui concernant les rapports entre l'acheteur et le preneur.

Au premier point de vue, on doit admettre que tout doit dépendre de la loi sous l'empire de laquelle le contrat de location a été conclu. Comme en effet c'est d'après cette loi qu'on doit déterminer les causes de résolution du contrat, on doit s'y reporter pour décider si le bailleur a ou non le droit de résoudre le bail en cas de vente, à quelles conditions est soumis un tel droit et si notamment il ne peut être exercé qu'en cas de stipulation expresse.

À l'égard de l'acheteur, il est impossible de soutenir que le preneur puisse se prévaloir de la loi du lieu du contrat, pour prétendre être maintenu en jouissance de la chose louée. En effet l'acheteur, étant à son égard un tiers qui n'a pas été partie au contrat de location conclu entre le preneur et le bailleur, ne peut pas être tenu de reconnaître et de respecter les droits acquis en vertu du bail, à moins qu'il ne se soit expressément engagé à le faire en achetant le fonds loué. Par conséquent si, d'après la loi de la situation de la chose, l'acheteur en vertu du *jus in re* qu'il a acquis pouvait refuser de respecter la location faite par l'acheteur antérieurement à la vente, le locataire ne pourrait pas s'opposer à l'entrée immédiate en jouissance de cet acheteur. Peu importerait en effet qu'il eût conclu son bail sous l'empire d'une loi disposant autrement, et même qu'il eût expressément stipulé dans le bail qu'il demeurerait en jouissance de la chose louée en cas de vente. Il pourrait seulement, en vertu de la stipulation expresse ou tacite, exercer un recours contre le vendeur et lui réclamer des dommages-intérêts. [1]

[1] Nous ne croyons pas pouvoir admettre cette solution de l'auteur dans le cas où, soit aux termes de la loi du lieu du contrat de location, soit aux termes d'une stipulation expresse du bail, le locataire doit demeurer en possession de la chose en cas de vente. Pour nous l'acheteur ne pourrait pas se prévaloir d'une disposition contraire de la loi du lieu de la situation de la chose louée, pour expulser le locataire. En effet cet acheteur, qui tient ses droits du vendeur, n'a pu acquérir sur cette chose des droits plus étendus que celui-ci n'en avait, et il doit, si ce bailleur a aliéné la jouissance de cette chose, tacitement ou formellement, respecter ses engagements à ce sujet. (Note du traducteur C. A.).

Lorsque finalement le droit pour le preneur d'être maintenu en jouissance de la chose louée résulterait des dispositions de la loi de la situation de cette chose, il pourrait exercer ce droit bien que la vente eût été consentie sous l'empire d'une loi disposant autrement et attribuant à l'acheteur le droit de ne pas respecter le bail. En effet la loi de l'Etat, qui règle les conséquences juridiques qui peuvent résulter de la location ou de la possession de la chose louée, et tant que cette location ou cette possession donnent naissance à des droits opposables aux tiers, doit avoir une autorité territoriale *erga omnes* pour ce qui concerne les choses existant sur le territoire de cet Etat.

Il n'est pas nécessaire, pour soutenir cette solution, d'admettre que le preneur ait acquis le *jus in re* d'après la loi du lieu de la situation de la chose. En effet, même en écartant complètement cette idée et en admettant au contraire que le preneur ne peut avoir aucun droit réel sur la chose louée et qu'il a seulement une action personnelle contre le bailleur, on ne saurait méconnaître qu'une disposition légale conforme à celle des articles 1597-1598 du Code civil italien et 1743 du Code civil français présente le caractère d'une loi territoriale impérative à l'égard de tout le monde, pour le motif qu'elle a pour but de régler les conséquences juridiques de la location dans l'intérêt public de l'agriculture.

Il est en effet incontestable que le législateur, quand il a voulu assurer le respect d'un bail ayant date certaine, nonobstant la vente de la chose louée, l'échange, la donation et la cessation de l'usufruit, a eu pour but de protéger les locataires contre les vicissitudes des transmissions de propriété, de façon à ce qu'ils ne soient pas détournés, par suite de l'éventualité d'une éviction au cours de leur bail, de l'emploi sur le fonds loué de capitaux propres à le rendre plus productif, au grand détriment des intérêts de l'agriculture et du développement de la richesse publique. Dès lors, étant donné le caractère incontestable des lois d'intérêt social reconnu à ces dispositions législatives, il en résulte

évidemment que le locataire peut en invoquer l'application pour le seul motif que les rapports entre lui et la chose louée, s'étant établis sous l'empire de la loi de la situation de la chose, doivent être régis par cette loi en tant que ces rapports intéressent le droit social.

1116. — C'est d'après les mêmes principes qu'on doit résoudre toute question relative au droit pour l'acquéreur d'expulser le preneur. Le législateur italien, en règlant les droits du vendeur qui rentre en possession de son immeuble en vertu de la clause de rachat, dispose dans l'article 1528 qu'il est tenu de respecter les baux consentis sans fraude par l'acheteur, pourvu qu'ils soient conclus pour une période de moins de trois ans. Or, à notre sens, il est incontestable que le locataire peut avec raison invoquer cette disposition pour prétendre au droit d'être maintenu dans sa jouissance locative.

L'article 1612 du Code néerlandais dispose que la vente de la chose louée ne résout pas le contrat de location antérieur, sauf le cas de réserve expresse dans le contrat. Il y est dit en outre que, lorsque le locataire a expressément stipulé qu'il aura droit à une indemnité en cas de résolution de bail pour cause de vente, il n'est tenu d'abandonner la possession de la chose louée qu'après avoir reçu l'indemnité qui lui est due. On doit admettre, en vertu de cet article, l'existence au profit du preneur d'un droit de rétention, et comme il ne pourrait être privé de sa possession qu'en conformité de la loi de la situation de la chose, on peut soutenir que dans ce cas également il peut baser sur la loi territoriale son droit de retenir la chose louée jusqu'au paiement de l'indemnité.

§ II.

Du louage d'ouvrage

1117. Du louage d'ouvrage et d'industrie dans ses rapports avec la loi qui doit le régir. — 1118. Détermination de la nature propre de ce contrat. — 1119. Valeur des conventions à l'égard des domestiques et des ouvriers. — 1120. Preuve de ce contrat. — 1121. Du contrat de transport des personnes et des choses. — 1122. Comment doit être déterminée l'autorité de la loi à l'égard du contrat et de sa forme. — 1123. Responsabilité de l'entrepreneur et valeur des règlements. — 1124. Quand les bulletins imprimés doivent-ils être réputés sans valeur. 1125. Controverses relatives à l'exécution du contrat de transport. — 1126. Principes applicables aux contrats des entrepreneurs d'ouvrage à forfait.

1117. — Le louage d'ouvrage et d'industrie consiste généralement dans la convention, par laquelle une des parties s'oblige à faire pour une autre une chose donnée moyennant un prix convenu.

Les principales sortes de ce contrat sont au nombre de trois, savoir:

Celle qui consiste dans l'obligation contractée par une personne qui s'engage au service de quelqu'un.

Celle qui consiste dans l'engagement contracté par un entrepreneur de transports publics de transporter par terre ou par eau les personnes ou les choses;

Celle qui consiste dans l'obligation contractée par une des parties d'accomplir pour l'autre un ouvrage ou un travail déterminé moyennant un prix convenu: cette sorte de louage embrasse toutes les catégories d'entreprise d'ouvrages à forfait, ou résultant de devis ou marchés.

Tous les rapports dérivant du contrat de louage qui peuvent être considérés comme dans le domaine de l'autonomie des

parties doivent en principe être régis par la loi sous l'empire de laquelle ces mêmes parties se sont obligées, et cette loi doit être déterminée d'après leur intention expresse ou présumée. Toutefois, comme il résulte de la nature des choses qu'un tel contrat ne peut être valable qu'au lieu où le travail doit être fait, il faudra admettre l'autorité de la loi qui y est en vigueur, dans tous les cas où cette loi limite, pour des motifs d'ordre public, l'autonomie des parties et restreint l'autorité des stipulations relatives à la liberté individuelle.

1118. — Pour ce qui concerne la nature propre de ce contrat, il faut avant tout s'en référer à la loi sous l'empire de laquelle l'obligation est devenue parfaite, et décider d après cette loi s'il est intervenu entre les parties une *locatio operarum* ou une *locatio operis*, ou un simple mandat salarié. La distinction entre le simple louage de services (*locatio operarum*) et le louage d'un travail déterminé ou louage d'ouvrage (*locatio operis*) a été établie surtout par les jurisconsultes romains. Il faut en faire le principe de la détermination et de la portée des obligations, eu égard notamment aux risques et à la responsabilité, qui diffèrent suivant qu'il s agit de l'un ou l'autre de ces deux louages.

On doit à cet égard considérer comme décisive l'intention des parties, qui est déterminée d'après les circonstances. Si elles ont entendu stipuler le louage du travail personnel, c'est-à-dire des services rendus dans les diverses périodes de la durée du contrat, il faudra considérer cette convention comme une *locatio operarum* et admettre qu'elle a pour objet les travaux accomplis et les services rendus par la personne qui s'est engagée à travailler ou à servir. Si au contraire les parties avaient entendu convenir du louage d'un travail déterminé, on devrait considérer comme l'objet de la convention l'accomplissement de ce travail (*locatio operis*) et dès lors regarder l'obligation comme indivisible, parce qu'on ne pourrait la considérer comme accomplie que lorsque le travail aurait été fait intégralement.

Il n'y a pas lieu d'exposer ici les différences entre les obligations résultant du louage de services et du louage d'ouvrage : nous sortirions en effet du champ de notre étude. Toutefois, comme ces différences sont notables aussi bien que les conséquences qui en résultent, il est nécessaire de fixer d'une façon précise la nature du contrat, pour établir la nature et l'étendue des obligations qui en résultent.

La question peut se poser, à l'occasion de certains travaux, de savoir si la convention peut être considérée plutôt comme un mandat salarié que comme un louage de services. Il en est ainsi notamment lorsqu'il s'agit d'œuvres libérales. Il faut résoudre cette difficulté d'après les circonstances et l'intention des parties, étant donné qu'il existe de notables différences entre le louage de services et le mandat salarié[1].

Il peut aussi intervenir certaines sortes de conventions par lesquelles une personne s'engage à rendre habituellement certains services moyennant salaires et qui, ne rentrant dans aucune des catégories prévues par le législateur, doivent être regardées comme des contrats innommés. On doit décider ainsi à l'égard de certaines professions licites, telles que par exemple celle des courtiers, et il faut toujours se reporter à la loi du lieu où ces services sont rendus pour déterminer la nature de ces rapports et le droit pour celui qui les rend d'exiger un salaire convenable.

1119. — Nous occupant d'abord de la première catégorie de louage d'ouvrage, celle par lequel les personnes s'engagent au service d'autrui, ainsi que le font les domestiques et les gens de journée, nous ferons remarquer que, quelle que soit la loi sous l'empire de laquelle ce contrat a été conclu, il

[1] Les auteurs qui se sont occupés d'études sur le Droit civil ont examiné la question de savoir si l'exercice des professions libérales peut être assimilé à un mandat salarié. Voir Troplong, n° 791 et suiv.; Marcadé, art. 1779. A vrai dire, il ne nous paraît pas que le fait de celui qui a pris en mains la défense des droits d'une personne ou qui prend soin de sa santé lorsqu'elle elle est malade puisse être assimilé à un louage d'ouvrage ou à un mandat.

ne pourra être valable dans un autre pays qu'avec les limitations formulées par le législateur pour des raisons d'ordre public.

Le législateur italien consacre dans l'article 1628 du Code civil le principe admis dans l'article 1680 du Code civil français, que personne ne peut s'engager au service d'autrui que pour un temps fixé ou pour un travail déterminé. Il est inutile de démontrer que cette disposition est basée sur le droit public territorial qui assure le respect de la liberté individuelle. Il est donc évident qu'aucun contrat conclu à l'étranger entre ouvriers ou serviteurs et patrons ne peut être valable en Italie, s'il implique l'abdication perpétuelle de la liberté, mais doit être considéré comme nul, comme ayant pour principe une cause illicite (art. 1119 et 1122, C. civ. italien).

1120. — En ce qui concerne la preuve d'un tel contrat, on peut admettre en principe qu'elle doit être administrée suivant les prescriptions de la loi sous l'empire de laquelle ce contrat a été conclu. Néanmoins ce point peut présenter des difficultés, lorsque la loi étrangère consacre des principes exceptionnels à l'égard de la preuve de cette sorte de convention.

Ainsi, on trouvait, dans l'article 1781 du Code civil français, la règle exceptionnelle et dérogatoire au droit commun, que le maître avait le droit d'être cru sur sa simple affirmation pour le paiement intégral ou partiel par à comptes des salaires. A notre sens, le tribunal d'un autre Etat ne pourrait pas reconnaître ce droit pour le patron d'être cru sur sa simple affirmation, bien qu'il invoque l'application de la loi du lieu du contrat, parce que les dispositions exceptionnelles et dérogatoires au droit commun qui consacrent l'inégalité juridique ne peuvent avoir aucune autorité exterritoriale, surtout dans les pays où le droit public proclame le principe de l'égalité juridique.

Cet article 1781, a été abrogé en France par la loi du 2 août 1868, comme contraire à l'égalité juridique des citoyens. Il l'a été également en Belgique par la loi du 10 juil-

let 1883. Néanmoins une disposition analogue existe encore dans le Code civil néerlandais (art. 1638). Nous dirons à ce sujet que, si un Hollandais plaidait avec son domestique sur une question de salaire devant un tribunal italien, celui-ci ne pourrait pas admettre comme décisive la simple affirmation du maître. On ne pourrait pas alors en effet se prévaloir de la règle générale, que les obligations sont régies par la loi sous l'empire de laquelle elles ont été contractées, parce qu'une telle loi, ne peut pas être appliquée sur notre territoire, lorsqu'elle déroge aux dispositions de notre Droit public qui consacrent le principe de l'égalité.

1121. — La seconde catégorie de louage d'ouvrage est celle concernant les entrepreneurs de transports publics, qui se chargent du déplacement des personnes ou des choses, soit par terre, soit par eau.

Notre intention n'est pas d'examiner ici toutes les questions relatives au contrat de transport; car nous étudierons plus à fond cette matière dans la seconde partie de cet ouvrage relative au droit commercial international. Nous nous bornerons donc à exposer d'une façon générale les principes fondamentaux applicables à ce contrat en ce qui concerne la loi qui doit en régir l'accomplissement et l'exécution. Les rapports qui en résultent se trouvent nécessairement soumis à l'autorité de lois différentes, étant donné que les transports internationaux de personnes, de lettres, de valeurs et de choses, doivent s'accomplir dans des pays distincts. Outre celui de départ et de destination, il y a les pays de transit, où ce contrat peut produire naturellement certaines conséquences.

1122. — Une distinction fondamentale, qui doit servir de base à la détermination de l'autorité de la loi en cette matière, est celle qui consiste à distinguer nettement ce qui a trait aux droits et aux obligations contractuelles et personnelles existant entre l'entrepreneur de transports et l'expédi-

teur, de ce qui concerne l'exécution du contrat de transport.

Pour ce qui se rapporte aux droits et aux obligations contractuelles, la responsabilité en cas de perte, de dommages, d'avaries, et pour ce qui concerne la nature elle-même du contrat, et la nature ainsi que l'étendue des obligations réciproques et des conditions nécessaires pour faire admettre ou faire rejeter le droit à la réparation du dommage, tout doit être régi par la loi sous l'empire de laquelle le contrat doit être réputé conclu. C'est par conséquent d'après cette loi qu'on devra décider, si l'entreprise de transport peut être considérée comme un véritable louage d'ouvrage, soumis comme tel aux règles applicables à ce contrat, ou comme un contrat innommé régi par des règles spéciales. Ainsi, par exemple, la Cour de Florence a décidé[1] que le transport par les chemins de fer des correspondances ne peut être considéré ni comme un louage d'ouvrage, ni comme un mandat, mais appartient à la classe des contrats innommés et doit comme tel être régi par les lois spéciales édictées en cette matière par le législateur. Cela a pu être soutenu juridiquement en Italie, où le service postal est un monopole du gouvernement. Dès lors rien ne s'opposerait à ce qu'on envisage autrement cette opération dans un autre pays, dont la loi admettrait la libre concurrence des particuliers pour le service des correspondances.

Pour ce qui est de la forme, des conditions fondamentales et des modes de preuve du contrat de transport, il faut aussi appliquer la loi du pays où l'opération juridique a pris naissance. C'est donc d'après cette loi qu'on devra décider si le contrat peut être considéré comme conclu tacitement, à quelle date il remonte, et si on peut établir l'existence des choses expédiées par des témoignages ou seulement par écrit.

1123. — L'obligation pour l'entrepreneur de transports

[1] 20 février 1873 (*Giurisprudenza*, T. X, p. 207).

de veiller à la garde et à la conservation des choses qui lui sont remises et d'en garantir la perte dérive de la nature même de l'opération juridique, et on ne pourrait pas soutenir que cette obligation puisse jamais complètement disparaître. La grande difficulté en cette matière consiste à déterminer l'étendue de l'obligation et de la responsabilité de l'entrepreneur. Jusqu'à quel point peut-il être responsable des détoriations et des avaries des choses qui lui sont confiées? Incontestablement les parties pourraient fixer tous ces points par des stipulations expresses; mais elles ne le font pas habituellement, d'où la nécessité de s'en référer à la loi du pays où la marchandise a été remise à l'entrepreneur de transports; car on doit présumer que le transport a été soumis aux conditions édictées par cette loi, qui ont été tacitement acceptées par les parties.

Nous trouvons cette théorie admise en principe par la Cour de cassation française, dans son arrêt du 23 février 1864.[1] Elle a jugé, dans l'espèce d'une convention de transport conclue dans une possession anglaise entre un voyageur français et une compagnie anglaise, que la compagnie pouvait prétendre être exonérée de la responsabilité de la perte du bagage de ce voyageur, en vertu d'une mention imprimée sur le bulletin qui lui avait été remis, cette question devant être résolue aux termes de la loi anglaise.

Quelle influence peuvent exercer les règlements et les conditions formulées par les compagnies sur les bulletins imprimés à l'égard de leur responsabilité en cas de perte?

En principe on peut soutenir que, puisque les conventions, conclues dans les limites de l'autonomie des parties doivent avoir pour elles le caractère de loi, on ne saurait se dispenser d'admettre que les stipulations expresses ou tacites concernant le transport doivent régler les obligations respectives de l'ex-

[1] *Journal du Palais*, 1864, p. 225; Compar. Cass. française, 26 mars 1890 (Chemin de fer d'Orléans), *id.*, 1861, 715; Cass. française, 9 juillet 1872 (Cie de Lyon) Dalloz, 1872, I, 224; Cass. de Naples, 28 juin 1871 (Jesu), *Gazzetta del Procuratore*, 1871-72, p. 367.

péditeur et de l'entrepreneur de transports. On doit donc en général décider, que non seulement on doit tenir compte des dispositions de la loi du lieu où le contrat a pris naissance (c'est-à-dire celle du pays où la marchandise a été remise à l'entrepreneur, ou bien celle du pays où le voyageur a commencé son trajet), mais qu'aussi les règlements dûment publiés par les entrepreneurs et les conditions indiquées sur les bulletins imprimés, dont les intéressés doivent prendre connaissance, constituent la loi des rapports contractuels et que les tribunaux doivent s'en inspirer pour trancher toute contestation.

Tout en admettant ce principe, nous ferons cependant quelques réserves. Nous dirons en premier lieu que, pour avoir cette autorité de loi, il faut que les règlements et les conditions fixés par les entrepreneurs soient formulés dans les limites des pouvoirs qui leur sont attribués par la loi de concession de leur entreprise et ne renferment aucune clause prohibée par le législateur.

1124. — Une autre réserve que nous ferons, c'est que la mention du bulletin imprimé n'implique pas la négation des principes de la justice naturelle et du droit. Nous considérerions comme telle la mention, par laquelle on ne se bornerait pas à fixer les modalités de la responsabilité de l'entrepreneur, mais par laquelle on exclurait toute responsabilité de sa part dans tous les cas de perte, d'avarie ou de détérioration, nonobstant sa faute.

Il ne suffirait pas en effet alors d'invoquer la loi du lieu du contrat, même si elle accordait à l'entrepreneur une liberté assez étendue pour lui permettre de violer arbitrairement les principes de l'équité et du Droit commun. En effet une telle loi ne pourrait avoir aucune autorité dans les autres Etats, où la responsabilité des entrepreneurs de transports ne peut pas être limitée d'une façon aussi exorbitante. Par conséquent, à notre sens, l'entrepreneur ne pourrait pas faire admettre aux tribunaux italiens ou français l'application d'une loi

contraire aux principes d'ordre public, pour se faire exonérer de toute responsabilité.

L'importance de jour en jour plus grande des transports internationaux a rendu évidente la nécessité d'établir des règles uniformes de Droit commun déterminant la base et l'étendue de la responsabilité des entrepreneurs, et on arrivera certainement, par la rédaction d'un règlement international. à résoudre beaucoup de questions douteuses et à écarter de nombreuses causes de conflit.[1]

Il nous semble que, tant qu'on n'aura pas établi un droit commun en cette matière, on devra considérer en principe comme décisives les conditions fixées par les entrepreneurs sur leurs bulletins. Toutefois l'impression d'une condition quelconque sur un bulletin ne devra pas être toujours une raison péremptoire pour prétendre, sous le prétexte que cette condition est présumée acceptée tacitement par l'expéditeur ou par le voyageur, qu'elle doive constituer la loi des rapports contractuels et être toujours impérative pour les tribunaux. Au contraire on doit admettre qu'il est attentatoire à l'ordre public de considérer comme valables des conventions dérogatoires au Droit commun et à l'équité.

1125. — La loi du lieu où la marchandise doit être transportée et remise au destinataire doit être appliquée pour ce qui concerne l'exécution du contrat et notamment la livraison. On devra donc décider, par l'application de la loi de ce lieu et des usages qui y sont en vigueur, quand l'exé-

[1] C'est à la suite des difficultés inextricables en matière de transports internationaux, qui ont surgi à l'occasion de la guerre de 1870 entre la France et la Prusse, qu'a pris naissance l'idée de la rédaction d'un règlement international sur les transports. Les promoteurs de cette idée furent M. de Seigneux de Genève et le Docteur Christ de Bâle. Voir la Conférence de Berne, le Congrès de Paris de 1878; Hovy, *Quelques observations sur l'urgence d'un règlement international, etc.*, dans la *Revue du Droit international*, 1877, p. 380; délibération de l'Institut de Droit international dans la session de Zurich; le Rapport de Bulmerinq dans la Revue précitée, 1878, p. 83.

cution du contrat pourra être considérée comme accomplie par l'entrepreneur. Si, par exemple, il était tenu de rendre la marchandise au domicile ou dans les magasins du destinataire et à lui en faire la remise, le contrat de transport ne pourrait pas être considéré comme exécuté de sa part lorsqu'il aurait transporté cette marchandise au lieu de destination, mais lorsqu'il l'aurait livrée au destinataire lui-même et transportée au domicile de ce dernier. Dès lors la responsabilité, l'obligation de garde et les indemnités, dont il pourrait être tenu en vertu de la loi du lieu du contrat, continueraient à subsister jusqu'au moment de l'exécution du contrat, exécution qui ne pourrait être considérée comme accomplie qu'après que le transport au lieu de destination aurait été complété par la livraison de la chose.

Nous admettons l'application de la loi du lieu de destination uniquement pour ce qui concerne l'exécution du contrat de transport. Certains auteurs, il est vrai, partant de la considération que le transport doit être accompli au lieu de destination, ont soutenu que le contrat devait être considéré comme formé en ce lieu, parce que les parties ont dû se référer à la loi du pays où l'obligation contractuelle devait être accomplie, et que par conséquent la responsabilité de l'entrepreneur et l'étendue de l'obligation résultant du contrat devaient être déterminées d'après la loi du lieu de la destination. C'est sur cette théorie que s'est basée la Cour d'Aix, pour juger qu'on devait appliquer la loi française pour régler la responsabilité de l'entrepreneur à raison de la perte des bagages d'un voyageur. Elle a considéré que le lieu de destination était un pays français, sans avoir égard au fait que l'obligation du transport avait pris naissance dans une possession anglaise.[1]

Pour nous, au contraire, d'après les principes généraux, tout ce qui concerne l'obligation résultant du contrat, l'étendue et la nature de l'engagement et la responsabilité de

[1] Voir cet arrêt dans le *Journal du Palais*, 1864, p. 225.

l'entrepreneur de transports doit être régi uniquement par la loi applicable au lieu où l'obligation a pris naissance. La loi du lieu de la destination n'est applicable que pour déterminer les modalités d'exécution et pour résoudre les questions spéciales relatives à la façon d'opérer la livraison.

1126. — La troisième et dernière sorte de louage d'ouvrage est celle des entrepreneurs de travaux à forfait (devis ou marchés). Elle consiste dans le contrat, en vertu duquel une des parties s'oblige à accomplir un ouvrage ou un travail déterminé moyennant le salaire convenu.

On doit également appliquer à ce contrat la règle générale, qu'il faut observer la loi sous l'empire de laquelle il a été conclu, pour trancher toute difficulté relative à la nature de cet engagement, à l'étendue des obligations réciproques, à la responsabilité en cas de perte de la chose, et aux conditions suivant lesquelles la convention peut être résolue. On doit au contraire appliquer la loi du lieu où l'ouvrage ou bien le travail doivent être accomplis, pour résoudre les questions qui ont trait à l'exécution du contrat et aux conséquences, qui peuvent résulter du mode d'exécution de la convention, surtout dans les rapports avec les tiers et avec les lois territoriales qui ont le caractère de lois de police et d'ordre public.

En ce qui concerne la nature du contrat, il faut avant tout se conformer à la loi du pays où la convention a été conclue, pour dire si l'engagement a le caractère de louage d'ouvrage, ou de vente du travail ou de contrat mixte. Il est nécessaire de déterminer avec soin la vraie nature du contrat d'après la loi sous l'empire de laquelle les parties se sont obligées, parce que les principes qui lui seraient applicables varieraient, suivant qu'il s'agirait d'une vente pure et simple d'une chose future, ou d'un louage d'ouvrage, cela surtout en cas de perte de la chose. Lorsqu'en effet il résulterait des circonstances que les parties auraient conclu une vente pure et simple d'une chose future, l'entrepreneur ne pourrait prétendre à aucun des droits qui lui appartiendraient en cas de louage d'ouvrage.

Comme, jusqu'à l'accomplissement du travail et à la remise de la chose, il demeurerait propriétaire de tous les matériaux, et que tant que l'objet confectionné ne serait pas livré, le contrat ne serait pas parfait, la perte de la chose avant la livraison demeurerait à sa charge comme en cas de vente.

Etant donné que le contrat ait le caractère véritable de louage d'ouvrage, on devra appliquer la loi du lieu du contrat pour déterminer l'étendue des obligations réciproques des parties contractantes. Toutefois, comme la vérification, la livraison et les circonstances d'après lesquelles peut s'établir la mise en demeure de l'entrepreneur ne peuvent se réaliser qu'au lieu où le travail doit être exécuté ou bien le produit du travail livré, on devra trancher les questions relatives à ces matières d'après la loi en vigueur en ce lieu.

S'il s'agissait de la construction d'un édifice ou de tout autre bâtiment, il faudrait en outre se reporter à la loi territoriale pour toutes les dispositions de police et d'ordre public. Il devrait en être ainsi notamment à l'égard de la responsabilité de l'architecte ou de l'entrepreneur en cas de ruine de l'édifice.[1]

Il est de plus à noter que la loi territoriale peut être appliquée en ce qui concerne les droits reconnus par elle aux ouvriers et artisans employés à la construction de l'édifice. D'après l'article 1645 du Code civil italien, qui est conforme à l'article 1798 du Code civil français, les ouvriers peuvent exercer l'action contre celui pour le compte duquel les travaux sont faits jusqu'à concurrence du montant de sa dette envers l'entrepreneur au moment où ils introduisent leur action. Or, il nous semble que cette disposition peut être utilement invoquée pour établir les droits des ouvriers employés à la construction d'un édifice en Italie ou en France, puisqu'elle règle les droits des individus qui travaillent à l'érection de cette construction dans le lieu soumis à l'empire de la loi.

[1] Compar. art. 1792 Code civ. français et art. 1639 Code civ. autrichien.

CHAPITRE IV

DU CONTRAT DE SOCIÉTÉ.

1127. Des diverses sortes de sociétés et de leurs rapports avec les lois. — 1128. Objet de cette étude. — 1129. Sous quel rapport doit-on admettre l'autorité de la loi du pays où la société a été constituée. — 1130. Décision de la Cour de cassation française. — 1131. Justes limitations de l'autorité de la loi étrangère sous l'empire de laquelle a été conclu le contrat de société. — 1132. Loi qui doit régir les rapports réciproques des associés et des actionnaires. — 1133. Autorité de la loi du pays où la société fait ses opérations. — 1134. Comment doit-on déterminer le caractère d'une société étrangère et quand ne peut-elle pas être considérée comme licite. — 1135. Détermination de l'autorité de la loi du lieu du contrat et de la loi territoriale. — 1136. De l'administration des affaires sociales dans ses rapports avec la loi. — 1137. Les tiers peuvent toujours invoquer l'application de la loi territoriale. — 1138. On doit décider d'après cette loi quand les actions sont négociables. — 1139. Mise en lumière des principes relatifs aux actes d'administration dans leurs rapports avec la société, avec les obligations des associés et avec les personnes étrangères à la société. — 1140. Forme du contrat de société.

1127. — Le contrat de société est celui par lequel deux ou plusieurs personnes conviennent de mettre quelque chose en commun, dans le but de se partager le gain qui peut en résulter.

L'effet immédiat de ce contrat est de donner la vie à un être juridique reconnu par la loi comme tel, être qui est constitué par l'union des associés, qui acquiert la qualité de personne et qui agit comme tel, qui contracte des obligations envers les tiers et qui exerce des droits et actions en son nom propre, droits et actions distincts de ceux appartenant aux individus qui composent cet être qualifié *société*.

Les sociétés, eu égard à la forme des conventions conclues pour les constituer et à la nature des opérations en vue desquelles elles peuvent être établies, sont différentes et soumises comme telles à des règles législatives distinctes, règles qui déterminent les conditions d'existence de chacune d'elles, et en règlent les fonctions et tous les rapports qui en peuvent résulter entre les associés eux-mêmes et avec les tiers.

Les principales et plus importantes sortes de sociétés sont celles établies pour faire des opérations commerciales : elles sont régies par les règles du Code de commerce. Elles sont, en raison de la nature même des opérations commerciales, dans la nécessité de fonctionner dans des pays différents. Elles se trouvent par conséquent en rapport avec les lois en vigueur dans chaque pays et ce sont elles principalement qui présentent la plus vaste série de questions relatives à l'autorité de chaque loi, en ce qui concerne les conditions d'existence de chacune de ces sociétés, et en ce qui concerne leur fonctionnement dans les divers lieux où elles font des opérations et des actes de commerce.

1128. — Notre intention n'est pas de nous occuper longuement ici des diverses sortes de sociétés,

Nous nous proposons en effet de traiter à part de tout ce qui concerne l'autorité des lois commerciales et des principes, d'après lesquels on doit résoudre les conflits entre ces lois : nous devons donc réserver pour cette étude spéciale tout ce qui a rapport aux sociétés commerciales étrangères au point de vue de l'autorité à leur égard des lois de chaque pays. Nous nous bornerons donc à exposer présentement les principes généraux concernant les sociétés constituées d'après le Code civil, et à déterminer quelle doit être l'autorité de la loi qui doit en règler la constitution et les rapports entre les associés et entre ceux-ci et les tiers.

1129. — Toute société, quel que soit le but en vue duquel elle a été constituée, résulte de la convention intervenue

entre les personnes qui se sont mises d'accord sur les conditions de l'existence de cette société. Or il peut arriver que cet accord de volontés se réalise dans tel ou tel pays et que les intéressés conviennent d'établir le siège de leurs affaires sociales, soit au lieu de la passation du contrat, soit ailleurs, ou qu'ils se proposent de faire les opérations sociales dans des pays différents. On doit dès lors admettre, qu'à l'égard de cette opération juridique, trois lois différentes peuvent se trouver en concurrence : 1° celle du lieu de la conclusion du contrat; 2° celle du lieu du siège principal de la société, et 3° celle du lieu où la société fait des opérations en vue d'atteindre son but. Il convient donc de déterminer jusqu'à quel point chacune de ces trois lois peut exercer son autorité pour régir cette opération juridique complexe qui constitue la société.

On ne peut pas en effet soutenir que toute difficulté puisse être résolue d'après telle ou telle loi exclusivement; car il est nécessaire d'examiner attentivement la nature de chaque question, en établissant la nature du rapport juridique qui en a été l'origine, pour ensuite déterminer la loi appli cable.

Il nous faut à cet égard nous reporter aux principes généraux du Droit, et distinguer tout ce qui concerne les rapports contractuels établis entre les parties au moyen du contrat, la nature de leurs stipulations et les conditions de validité de la convention : tout ce qui a trait à l'exécution du contrat et au développement des fonctions sociales ; et finalement tout ce qui concerne les opérations faites dans les différents pays avec les tiers qui sont entrés en rapport avec la société.

En principe, on doit admettre, qu'à part la question de la capacité des contractants et de la validité du consentement, les associés peuvent, dans les limites de leur autonomie, rédiger à leur gré les statuts sociaux. Ainsi, par exemple. ils peuvent fixer comme bon leur semble le point de départ et le terme de la société, les apports de chacun d'eux, la répartition des bénéfices et des pertes et la nature des opéra-

tions. On doit aussi admettre que lorsque des associés appartenant à différents Etats n'ont pas expressément déclaré leur volonté, il faut recourir à des présomptions, pour déterminer la loi à laquelle ils ont entendu se référer.

En ce qui concerne ces présomptions, certains auteurs sont d'avis que, même lorsque la société ne peut pas être considérée comme une personne juridique, il faut présumer que les associés ont entendu se soumettre, pour tous les rapports résultant du contrat conclu entre eux et pour toutes les conditions nécessaires pour la validité de l'acte de société, à la loi du lieu qui doit être le centre de leurs intérêts communs C'est qu'en effet toute société, même sans personnalité civile, a un centre d'activité, qui est représenté par le siège de son principal établissement.

Bien que cette opinion semble tout à fait conforme à la nature des choses, elle ne parait pas s'imposer comme la seule applicable dans tous les cas. Nous pensons au contraire, que la loi du lieu où le contrat de société a été stipulé peut-être décisive, non seulement en ce qui concerne la forme extérieure de l'acte, mais aussi à l'égard de la nature des obligations contractées par les associés.

D'après nous, ils ont entendu se soumettre à la loi du lieu où la société doit établir le centre de ses opérations pour tout ce qui peut concerner le développement de son activité et la réalisation du but en vue duquel elle est constituée; mais ils ont entendu se soumettre à la loi du lieu où la société s'est constituée pour ce qui concerne la nature et l'étendue des obligations contractées par chacun d'eux. Toutefois on peut induire des circonstances, que les associés ont entendu se soumettre à l'autorité d'une autre loi.

Supposons, pour bien mettre en lumière notre idée, que le contrat de société ait été passé en Italie entre Italiens et étrangers appartenant à des pays différents, et que le but de la convention soit la réalisation d'une opération quelconque en Amérique ou ailleurs. Supposons de plus qu'il surgisse quelque difficulté relative à la nature de ce contrat, et qu'il y

ait lieu de préciser si les parties ont constitué une société proprement dite, ou seulement une indivision, ou une association, s'ils ont entendu constituer une société universelle de biens ou seulement une société universelle de gains, ou bien qu'il y ait lieu de déterminer l'apport de chaque associé et de préciser le droit pour la société d'exiger cet apport. Il nous semble évident que, pour résoudre ces questions et toutes autres analogues, on devrait appliquer, non pas la loi américaine, mais la loi italienne, parce que la présomption la plus raisonnable est que les parties ont entendu se référer à cette loi, en passant leur acte de société en Italie.

On devrait aussi admettre que les parties ont entendu se reporter à la loi américaine, non pas en ce qui concerne la nature et l'étendue de l'obligation, mais en ce qui concerne le fonctionnement et le développement de la société. En effet la présomption la plus raisonnable est que les associés ont voulu à cet égard observer la loi du lieu désigné comme le siège principal de la société. Nous admettons donc que cette loi doit être regardée comme acceptée par les parties pour tout ce qui peut se rapporter au développement de leur entreprise. Ainsi, par exemple, toujours dans notre hypothèse d'une société constituée en Italie pour opérer en Amérique, on devrait statuer par application de la loi du lieu du principal établissement social plutôt que de celle du lieu du contrat, sur l'étendue des pouvoirs et la responsabilité à l'égard des membres de la société, du sociétaire chargé de l'administration, et sur l'étendue des pouvoirs respectifs de chacun des administrateurs, dans le cas où il en aurait été délégué plusieurs.

Etant donnée notre doctrine, on peut en déduire que, lorsqu'il ne résulte pas des circonstances que les associés ont entendu se soumettre en tous points à la loi du lieu du principal établissement de la société, la loi du lieu du contrat doit régir tous les rapports contractuels rentrant dans le champ de l'autonomie des parties. Par conséquent, même lorsqu'une question qui concerne exclusivement les rapports

personnels des associés est déférée aux tribunaux du lieu où la société fait ses opérations, on ne pourrait pas méconnaître dans notre hypothèse l'autorité de la loi du lieu du contrat, sauf le cas où elle porterait atteinte à un principe d'ordre public.

1130. — La Cour de Paris et la Cour de cassation française ont appliqué notre théorie à la société du cable transatlantique français, constituée en Angleterre entre des personnes de divers pays, et dont l'une était française. La question de savoir si on devait déterminer les obligations des associés entre eux d'après la loi anglaise, loi du lieu du contrat, ou d'après la loi française, loi du siège social, leur ayant été soumise, ces juridictions admirent l'application de la loi anglaise comme de celle sous l'empire de laquelle étaient nés les rapports contractuels, et dirent qu'on ne pourrait exclure l'application de la loi étrangère qu'en cas d'atteinte à l'ordre public.[1]

1131. — On doit admettre comme un principe général cette réserve, que les tribunaux d'un pays étranger ne doivent jamais reconnaître l'autorité d'aucune stipulation du contrat de société, même conforme à la loi du lieu du contrat, qui a pour effet la violation d'un principe d'ordre public consacré par la loi territoriale. Ainsi, supposons qu'une société constituée à l'étranger soit admise à faire des opérations en Italie, et que la répartition des bénéfices sociaux donne naissance à un litige soumis aux tribunaux italiens. Supposons de plus qu'on invoque une stipulation permise par la loi étrangère du lieu du contrat et attribuant à l'un des associés la totalité des bénéfices. Il nous semble que les juges italiens ne pourraient pas admettre la validité d'une telle clause contraire

[1] Paris 7 mai 1870 et Cassation, 14 février 1872, Rémy C. Anderson et Erlanger, *Journal du Palais*, 1872, p. 846.

à l'article 1719 du Code civil italien, qui dispose de la façon suivante : « Est nulle la convention qui attribue à l'un des « associés la totalité des bénéfices. Pareillement est nulle la « convention par laquelle les capitaux ou effets mis en société « par un ou plusieurs associés seraient déclarés exempts de « toute contribution aux pertes ». En effet cette disposition, conforme à l'article 1855 du Code civil français, a pour principal but de s'opposer à des stipulations immorales. Le législateur, tout en respectant la liberté des contractants, a voulu protéger le faible contre le fort et le fourbe, qui voudrait imposer au premier des conditions onéreuses et contraires à l'équité. On pourrait à première vue soutenir que, s'agissant d'associés étrangers et de conventions conclues à l'étranger, on ne devrait pas en resteindre la portée dans les limites fixées par notre propre législation, dont la prohibition ne pourrait pas être considérée d'une façon absolue comme destinée à sauvegarder un principe d'ordre public universel. Néanmoins, étant donné que toute loi qui interdit une stipulation comme immorale consacre une prohibition impérative à l'égard de tous, que les tribunaux italiens seraient appelés à reconnaître la validité d'une clause que notre législateur considère comme immorale, et qu'ils ne peuvent pas sanctionner ce qui est réputé immoral par la loi, il nous semble qu'il est plus juridique d'admettre que les juges italiens peuvent refuser de reconnaître la validité d'une telle stipulation immorale aux termes de la loi territoriale.

1132. — De toute façon, quelle que soit la solution qu'on veuille donner à la question spéciale que nous venons d'examiner, nous croyons qu'on doit toujours admettre le principe, que dans tous les cas où il s'agit de fixer les rapports des associés entre eux et avec les administrateurs de la société, tout devant dépendre du statut social, on doit toujours appliquer la loi du lieu de la passation du contrat et de la constitution de la société, et qu'en cette matière on ne doit pas

observer d'une façon absolue la loi du lieu du principal établissement de la société. Ce principe doit être appliqué d'une façon générale toutes les fois qu'il s'agit de déterminer les obligations des associés, entre eux, et par conséquent d'en assurer l'exécution et d'indiquer les conséquences du défaut d'exécution dans le délai convenu : de fixer l'obligation pour chacun des associés de réparer les dommages résultant de leur faute : et de préciser le droit pour chacun d'eux de réclamer sa part des bénéfices. On ne saurait admettre une dérogation au principe général dans le cas où des citoyens de l'Etat où la société étrangère est admise à faire des opérations sont devenus actionnaires de cette société. En effet ces citoyens, s'étant volontairement soumis à l'autorité de la loi du pays étranger où la société s'est constituée, devraient être régis par le statut social conforme à cette loi, sauf pour ce qui serait contraire à l'ordre public territorial.

Supposons, par exemple, qu'une société par actions soit fondée dans un pays étranger en conformité des lois qui y sont en vigueur et, qu'aux termes du statut social, il soit convenu que les souscripteurs d'actions qui, après en avoir versé une partie, seraient en retard pour compléter le paiement, pourraient subir la confiscation de leur versement partiel sans aucune indemnité de la part de la société, qui alors aurait le droit de vendre à son profit exclusif les actions ainsi perdues pour ces souscripteurs et d'en retenir le prix à titre soit d'indemnité, soit de pénalité. Etant donné que cette société ait émis une partie de ses actions en Italie ou en France, les administrateurs de la société pourraient-ils vendre au profit de celle-ci les actions incomplètement libérées par des souscripteurs français et italiens, sans que ceux-ci puissent invoquer la loi italienne ou la loi française, pour prétendre que les conséquences du retard des versements devraient être réglés par l'une ou l'autre de ces lois, parce que la souscription aurait été opérée en Italie ou en France. Nous le pensons, car il ne nous semble pas qu'une telle prétention soit fondée en droit. En effet les conventions légalement conclues à

l'étranger doivent toujours avoir l'autorité de lois à l'égard des parties, et il en est ainsi du contrat de société, qui doit régir partout les rapports établis entre les associés en vertu du statut social, qui a réglé à l'origine la constitution de la société et les droits et obligations réciproques des contractants. La loi du pays où une société étrangère accomplit des actes ou des opérations peut régler les rapports entre la société et les tiers ; mais la constitution de la société et les rapports entre celle-ci et les associés ne peuvent pas dépendre des lois des divers pays où la société fonctionne. Autrement chaque société étrangère serait soumise à toutes les dispositions législatives en vigueur dans les différents pays, même à l'égard de sa constitution interne et des droits et des obligations réciproques des actionnaires. L'étranger qui est devenu actionnaire s'est volontairement soumis au statut social et aux clauses de ce statut, et on ne saurait se dispenser d'appliquer la loi étrangère pour résoudre les contestations relatives aux rapports entre cet actionnaire et la société. Or, si aux termes de la loi étrangère il était permis de stipuler à titre de clause pénale ou d'indemnité ou autrement la confiscation du versement incomplet au profit de la société, il faudrait admettre l'autorité d'une telle stipulation. Peu importerait que la souscription et le versement aient eu lieu en France ou en Italie ; car, s'agissant d'un fait relatif aux engagements contractuels concernant la constitution d'une société étrangère, les rapports des actionnaires avec cette société devaient être régis par la loi étrangère sous l'empire de laquelle le contrat aurait été passé.

Aussi bien que les causes de résolution, les indemnités et les clauses pénales, qui peuvent résulter d'un contrat conclu à l'étranger, doivent dépendre de la loi locale sous l'empire de laquelle le contrat a pris naissance. Cette loi en effet doit régler tous les rapports consensuels établis entre les parties contractantes. On ne peut incontestablement pas prétendre que, dans la question que nous examinons, il puisse y avoir quoique ce soit de contraire à l'ordre public territorial, de

façon à légitimer l'exclusion de la loi étrangère, à laquelle la société étrangère doit être soumise.[1]

1133. — Maintenant nous allons examiner quelle doit être l'autorité de la loi du pays où la société est admise à exercer ses opérations.

Nous avons étudié la question générale de la condition juridique des êtres moraux étrangers et de la jouissance ainsi que de l'exercice des droits qui peuvent leur appartenir à à l'étranger quand ils sont reconnus, et il est inutile de nous répéter à ce sujet.[2]

Lorsqu'une société étrangère est admise à faire des opérations dans un pays, sa soumission à la loi du lieu où elle exerce son activité est la conséquence nécessaire de ce fait juridique. Par conséquent on doit avant tout reconnaître que cette même société ne peut être réputée existante comme être juridique qu'en conformité de la loi en vigueur dans ce pays, et que c'est d'après cette loi que doit être déterminée sa condition juridique comme telle.

On devra donc décider d'après la loi du lieu où la société est admise à fonctionner si, s'agissant par exemple d'une société civile, elle peut être ou non être réputée personne juridique ayant une existence propre et indépendante de la personnalité individuelle des associés, ou si elle doit être considérée comme un être collectif ou autrement. Comme la personnalité ne peut être attribuée aux être moraux étrangers que par la souveraineté territoriale, la condition juridique de l'être moral doit être aussi déterminée d'après la loi territoriale.

1134. — Il faudra également admettre que, lorsque la question se posera de savoir quel est le caractère de la société, c'est-à-dire de déterminer si, eu égard à la nature de ses opérations, elle doit être considérée comme une société commer-

[1] Compar. Cass. française, 14 février 1872, *Journal du Palais*, 1872, 846 et la note et les renvois sous cet arrêt.

[2] Voir T. I, Partie spéciale, ch. II, §§ 302 et suiv.

ciale, on devra regarder comme indifférente à cet égard la qualification qui lui a été attribuée par les parties dans le contrat constitutif. On ne pourra pas plus induire cette qualité de la nature des clauses et des obligations contractées par les associés, que des dispositions de la loi étrangère sous l'empire de laquelle a été passé l'acte de la société. On devra au contraire consulter uniquement la loi du pays où l'entreprise est réalisée, et décider d'après cette loi, en tenant compte de la nature de cette entreprise et des opérations sociales, si on doit admettre ou exclure le caractère civil ou le caractère commercial. C'est qu'en effet, bien que les contrats conclus à l'étranger doivent avoir l'autorité d'une loi entre les parties contractantes, il appartient toujours à la souveraineté territoriale de fixer par ses lois la condition juridique des choses. Donc cette souveraineté a le droit de déterminer la nature des actes, des entreprises et de toute sorte de spéculations, et il ne peut jamais être permis aux contractants de modifier en vertu de leur convention la nature des actes accomplis au lieu où ils sont autorisés à les accomplir.

On doit, en vertu de ce principe, admettre que c'est d'après la loi territoriale qu'on décidera s'il faut, eu égard à la nature de ses opérations, considérer comme civile ou commerciale une société constituée à l'étranger dans le but, par exemple, de fournir des eaux ou du gaz[1] à une ville, ou d'accomplir toute autre sorte de fourniture ou d'entreprise.

Dès lors, étant admis que le caractère et la qualification de société commerciale ne pourraient pas être exclus aux termes des dispositions de la loi territoriale, les clauses de l'acte de société passées conformément aux dispositions de la loi du lieu du contrat ne sauraient avoir pour résultat de soustraire la société à l'application du Code de commerce local en ce qui concerne les opérations sociales et les conséquences de

[1] Voir Cass. française, 16 juin 1884, *Journal du Palais,*, 1884, 878; Cass. de Rome, 13 septembre 1887, *Foro italiano*, 1887, p. 1111.

ces opérations à l'égard des tiers. Il faudrait en effet admettre que cette société, bien que civile aux termes de l'acte constitutif, devrait être considérée comme une société commerciale de fait, surtout à l'égard des tiers. On ne pourrait incontestablement pas opposer à ceux-ci la circonstance de la formation de la société à l'étranger, pas plus que celle de la nature des stipulations, pour modifier le fait juridique avec ses conséquences d'après la loi du lieu où ce fait a pris naissance.

Même lorsque la société étrangère, sans être reconnue, aurait accompli des opérations dans un pays, de façon à pouvoir y être considérée comme une société de fait, il faudrait toujours décider d'après la loi locale si, étant donnée a nature de ses opérations, elle pourrait être ou non considérée comme licite.

En France on a discuté devant les tribunaux la question de savoir si une société constituée pour faire la contrebande à l'étranger peut être reconnue comme licite et être admise à se pourvoir devant les tribunaux pour faire résoudre certaines difficultés pendantes entre les associés. Nous avons examiné cette questions dans la partie générale[1], et nous maintenons notre opinion, que de telles associations sont illicites, même quand elles sont formées pour violer les lois fiscales d'un pays étranger[2].

On devrait dire la même chose des associations constituées pour tenir des maisons de jeux prohibées dans un pays ou en vue d'autres opérations déclarées illicites par la loi territoriale. Toute association, constituée dans le but de violer les lois, soit fiscales, soit de protection des bonnes mœurs, devrait être réputée illicite en raison de ses opérations, et les contestations relatives à ces sortes d'opérations ne devraient jamais être considérées comme pouvant servir de base à une demande en justice.

[1] Voir T, I, § 173 et suiv.
[2] Compar. Cass. française, 25 août 1835, *Journal du Palais*, 1835, p. 589.

1135. — Lorsqu'une société étrangère a été reconnue, soit en vertu d'un décret, soit par suite de l'accomplissement de toutes les formalités prescrites par la loi territoriale pour lui permettre d'exercer ses droits, soit en vertu des traités existant entre l'Etat étranger et celui sur le territoire duquel la société fait ses opérations, on doit toujours admettre que toutes les questions relatives à la validité de la constitution de cette société, à sa capacité juridique et aux rapports entre les associés entre eux et entre chacun d'eux et les administrateurs du fonds social dépendent du statut social et de la loi qui a régi à l'origine la constitution de la société. Mais, en ce qui concerne les actes accomplis au lieu où cette société fonctionne, on devra admettre l'autorité de la loi territoriale, à laquelle on devra se conformer, non seulement pour ce qui a trait aux formes de procédure et à l'exercice des fonctions sociales, mais aussi pour ce qui concerne les actes d'acquisition, de possession, d'aliénation, les conventions, les actes contractuels et surtout pour ce qui est des conséquences qui peuvent résulter des actes de la société à l'égard des tiers, qui seraient entré en rapport avec cette société étrangère sous l'empire de la loi territoriale.

1136. — L'administration des affaires sociales peut-être en effet envisagée comme un fait juridique existant par lui-même et considéré comme tel par rapport à la loi du lieu où il est accompli : elle peut aussi être envisagée comme un fait en rapport avec les droits et les obligations existant entre les associés et les administrateurs de la société. Envisagée au premier point de vue, l'administration doit-être régie par la loi territoriale; mais envisagée au second, elle doit être soumise à l'autorité de la loi du lieu du contrat, c'est-à-dire au statut social. En effet le droit d'administrer les affaires sociales doit être réputé résulter du mandat implicite conféré dans l'acte de société. Aussi doit-on apprécier, en s'inspirant du contrat de société, la nature et l'étendue de ce mandat dans les relations entre les sociétaires qui l'ont donné et les person-

nes qui s'en prévalent pour administrer le fonds social. Par conséquent on doit toujours se reporter à l'acte de société, pour déterminer l'étendue des pouvoirs d'administration et et les conséquences des actes d'administration à l'égard des associés; et c'est par application de cet acte qu'on devra trancher toute difficulté relative aux pouvoirs de chaque associé, au droit de faire des innovations sur le fonds commun, à la valeur des décisions prises à la majorité, et au droit d'aliéner et d'engager les choses sociales. Toutes ces questions et toutes autres analogues ont pour principe la nature du mandat, qui lui-même résulte du contrat de société et a pour durée le temps fixé pour l'existence de la société; elles doivent par conséquent être résolues d'après le statut social, et sans distinguer suivant que les personnes, qui ont constitué la société, ou sont devenues sociétaires, sont étrangères ou appartiennent à l'État sur le territoire duquel la société fonctionne.

Comme un mandat qui doit être exercé à l'étranger doit être réputé conforme à la loi du lieu où il doit être rempli, il en résulte que tout ce qui concerne l'exécution de ce mandat et les conséquences de cette exécution doit être considéré comme soumis à l'autorité de la loi du pays où la société accomplit ses opérations. Dès lors tout ce qui a trait à l'accomplissement du mandat, aux modalités d'exécution et et aux conséquences de l'administration à l'égard des tiers entrés en rapport avec la société doit, en raison de la nature de l'opération juridique, être soumis à l'autorité de la loi territoriale.

1137. — On doit appliquer ce principe dans le cas où les administrateurs d'une société constituée à l'étranger, mais faisant des opérations dans l'Etat, ont, par de fausses déclarations, de faux rapports ou autrement, induit des tiers en erreur pour leur faire souscrire de nouvelles actions. On doit donc admettre que ces tiers pourraient baser sur la loi territoriale leur droit d'agir contre les auteurs du fait qui leur a

préjudicié, et d'exercer contre eux une action personnelle. On ne pourrait en effet pas soutenir, qu'on devrait se reporter au statut social et à la loi étrangère pour déterminer la responsabilité de ces administrateurs; car il ne s'agirait nullement de fixer leur responsabilité à l'égard des actionnaires, laquelle doit, d'après les principes que nous avons exposés, être déterminée d'après le statut social. Il s'agirait au contraire de l'action appartenant à des personnes étrangères à la société, qui auraient été induites par des manœuvres frauduleuses à devenir sociétaires. On ne pourrait dès lors pas leur refuser le droit d'agir contre l'auteur du fait dommageable, en vertu du principe que tout fait quelconque de l'homme qui cause un dommage à autrui oblige celui par la faute duquel ce dommage est arrivé à le réparer. Par conséquent le fait juridique de la fraude, des faux rapports, ou de toutes autres manœuvres dolosives du même genre accompli dans un pays légitimerait l'application de la loi territoriale pour en déterminer les conséquences. On devrait décider de même en ce qui concerne tout fait accompli par les administrateurs d'une société étrangère à l'égard des personnes étrangères à cette société, quand ce fait tombe sous l'empire de la loi territoriale.

1138. — Il est en outre facile de comprendre, qu'en vertu des mêmes principes, on doit déterminer d'après la loi territoriale les conditions nécessaires pour qu'une société étrangère soit admise à négocier ses actions en bourse, et notamment sa soumission à l'impôt sur la richesse mobilière, à la taxe de l'enregistrement, et à toute autre imposition, et sa capacité d'ester en justice. Il faut en effet toujours admettre en principe que, lorsqu'une société étrangère fait des opérations dans un pays donné, elle se soumet aux lois qui y sont en vigueur pour tout ce qui concerne le développement de son activité et l'exercice des fonctions de ses administrateurs.

Même lorsqu'une société étrangère ne pourrait pas être considérée comme régulièrement formée d'après la loi du

pays où elle aurait été constituée et où elle devrait avoir son siège principal, si elle faisait des opérations dans un autre Etat et y contractait des obligations envers les tiers, elle devrait alors être régie par la loi territoriale pour toutes les conséquences juridiques des opérations accomplies par elle sous l'empire de cette loi On devrait par conséquent décider d'après cette même loi si la société pourrait être considérée comme une société de fait et si, à l'égard des tiers, on pourrait regarder comme personnellement responsable l'administrateur de la société qui aurait contracté avec eux. On devrait également dans cette hypothèse décider, que le fait juridique tomberait sous l'empire de la loi du lieu où il aurait été accompli.

1139. — Pour résumer notre doctrine, nous dirons que l'administration elle-même des affaires sociales doit être régie par le statut social pour tout ce qui concerne les rapports internes de la société, c'est-à-dire pour tout ce qui a trait aux rapports entre les associés et les administrateurs, et en outre pour ce qui se rapporte à l'étendue des obligations de chaque associé. Mais nous ajouterons que cette opération juridique doit d'autre part tomber sous l'empire de la loi territoriale, en tant qu'on la considère en elle-même comme un fait juridique et comme affectant les droits des tiers.

Supposons, par exemple, que l'administrateur d'une société étrangère ait acheté des marchandises à crédit. Le vendeur aurait certainement le droit d'agir contre la société; mais on pourrait se demander si les associés devraient être considérés comme obligés solidairement, et si on devrait déterminer l'étendue de leurs obligations envers le vendeur, d'après la loi du lieu de la vente, ou d'après celle du pays où la société a été constituée.

Si, dans ces circonstances, les associés voulaient contester l'existence légale de la société, ou la régularité soit du mandat, soit du contrat passé par l'administrateur pour le compte de la société, et si l'existence de la société pouvait réellement

être contestée d'après la loi étrangère sous l'autorité de laquelle elle aurait été constituée, ce ne pourrait être là une raison valable pour exclure l'action du vendeur. Le fait juridique, accompli sous l'empire de la loi du lieu où l'acquisition a été faite au nom de la société, légitimerait l'application de la loi territoriale, qui pourrait être invoquée par le vendeur pour le protéger contre l'administrateur étranger acquéreur au nom de la société. Même si l'existence légale de la société pouvait être contestée d'après la loi étrangère, cela ne ferait pas obstacle à ce qu'elle fût tenue de répondre des actes accomplis pour son compte par son administrateur, lorsqu'aux termes de la loi territoriale elle pourrait être considérée comme une société de fait. Chaque souveraineté a le droit de protéger par ses lois, les personnes qui contractent avec des sociétés étrangères; elle peut régler les faits juridiques accomplis sur son territoire et elle doit s'opposer à ce que les tiers, qui ont contracté avec des sociétés étrangères autorisées ou possédant une existence de fait, ne soient victimes de l'audace ou des manœuvres frauduleuses de spéculateurs étrangers et ne soient, par suite de leur ignorance des lois étrangères, exposés à voir annuler des actes légalement accomplis sous l'empire de la loi territoriale.

Toutefois il pourrait s'agir non pas de l'existence légale de la société, ni de la régularité du contrat conclu pour le compte de la société, mais de l'étendue de l'obligation de chacun des associés à l'égard du paiement des dettes sociales. Par exemple, il pourrait y avoir lieu de décider si le vendeur pourrait considérer chacun des associés comme obligé jusqu'à concurrence de tous ses biens aux termes de la loi territoriale, sans faire aucune différence entre les administrateurs et les actionnaires, ou s'il devrait limiter son action à l'égard de chaque associé au montant du capital pour lequel celui-ci était obligé dans la société. Cette question ne devrait pas, suivant nous, être résolue d'après la loi territoriale, mais d'après la loi sous l'empire de laquelle la société aurait été constituée.

Il est hors de doute que chaque souveraineté territoriale a

le droit de fixer les conditions sous lesquelles elle accorde aux sociétés étrangères le droit d'avoir une succursale ou une représentation, ou de faire des opérations sous la protection de sa propre loi. Cependant elle ne peut pas, par ses propres lois, modifier la constitution de la société à l'égard de l'étendue de l'obligation contractée par chaque associé au moment de sa formation. S'il est vrai que la société, en tant qu'être collectif, doit toujours être régie par la loi du lieu où elle exerce son entreprise, on ne peut pas en conclure que les sociétés étrangères doivent être soumises aux lois en vigueur dans les pays où elles font des opérations, même en ce qui concerne la nature et l'étendue de l'obligation, personnelle de chaque associé en raison des engagements de la société. Si on devait admettre cette règle, il en résulterait qu'aucun associé ne pourrait connaître l'étendue de l'obligation, qu'il voudrait contracter individuellement en adhérant à un acte de société. Incontestablement la loi territoriale doit régler le fait juridique et sauvegarder les intérêts des personnes qui ont contracté de bonne foi; mais on ne peut néanmoins pas soutenir que cette loi pourrait être appliquée de façon à modifier la constitution juridique de la société et par là même, la nature et l'étendue des obligations des sociétaires, telles qu'elles résultent du contrat de société.

Nous ne nous étendrons pas davantage sur cette matière, parce que nous l'étudierons d'une façon plus approfondie dans notre volume concernant le Droit commercial.

1140. — En ce qui concerne la forme du contrat de société, on doit appliquer la règle générale *locus regit actum*, On devra donc déterminer d'après la loi sous l'empire de laquelle le contrat a pris naissance tout ce qui a trait à la validité de cet acte d'après les formes extérieures. Il faut du reste décider que, lorsqu'une société étrangère est admise à accomplir des actes dans un pays, elle doit observer la loi

qui y est en vigueur à l'égard des formalités de toute sorte imposées aux sociétés étrangères qui veulent y exercer leur activité.

Pour ce qui est finalement de l'extinction de la société, de même que de la continuation tacite de ce contrat, on devra admettre qu'en général tout doit dépendre de la loi sous l'autorité de laquelle la société a été constituée. En effet cette loi doit en principe régir les causes d'extinction et celles de tacite confirmation du contrat conclu en conformité de ses prescriptions.

CHAPITRE V

DU CONTRAT DE MANDAT.

1141. Le mandat peut être envisagé à divers points de vue. — 1142. Autorité de la loi personnelle. — 1143. Comment le rapport conventionnel peut-il être établi. — 1144. Quand doit-on considérer le contrat comme conclu. — 1145. La loi qui doit régir le mandat et ses effets diffère suivant le point de vue auquel il peut être envisagé. — 1146. Intérêt qu'il y a de déterminer le lieu où le contrat est devenu parfait. — 1147. Notre opinion. — 1148. Examen critique de la théorie contraire de Laurent. — 1149. Confirmation et explication de notre opinion. — 1150. Qui, à la suite de l'exécution du mandat, doit être considéré comme obligé envers les tiers? — 1151. Cas où l'exécution du mandat en dehors des termes de ce contrat a été ratifiée par le mandant. — 1152. On doit appliquer les mêmes principes dans l'hypothèse où le mandataire se trouve placé dans la situation d'un tiers. — 1153. Autorité de la loi sous l'empire de laquelle le mandat a été conféré. — 1154. De la fin du mandat : difficultés pouvant surgir à l'occasion de la mort du mandant. — 1155. Les tiers peuvent toujours requérir l'application de la loi territoriale. — 1156. De la forme du contrat de mandat.

1141. — Le mot mandat peut être employé dans trois sens différents. Il peut indiquer : 1° le pouvoir conféré par une personne à une autre pour traiter ou accomplir une affaire quelconque; 2° le contrat en vertu duquel une partie donne à une autre, qui accepte, le pouvoir de la représenter pour faire en son nom ou pour son compte, un acte juridique ou une série d'actes de cette nature; et 3° l'acte dont résulte l'octroi de ce pouvoir. Or il faut bien distinguer suivant qu'il s'agit d'une de ces trois choses pour déterminer la loi applicable. En effet, dans la première acception, le mot mandat exprime plutôt la substance ou l'objet du contrat, tandis que dans la deuxième il exprime le fondement de l'obligation

juridique, et, ainsi que nous le dirons plus bas, ces deux matières doivent être régies par des principes absolument distincts, au point de vue de la loi qui doit les régir.

1142. — Nous allons tout d'abord examiner quelle est la loi qui doit régir le rapport contractuel dérivant du mandat.

Nous ne parlerons pas de la capacité requise pour pouvoir conférer un mandat, ni de ce qui peut former l'objet d'un mandat. Nous dirons seulement qu'à cet égard on devra observer uniquement la loi personnelle du mandant. Par conséquent, s'il s'agissait d'un acte de disposition, le mandat ne pourrait être donné que par une personne capable aux termes de sa loi personnelle de disposer de ses biens. On devra décider d'après cette même loi si, eu égard à la nature de l'affaire qui forme l'objet du mandat, il peut être considéré comme un acte d'administration ou de disposition, et sous quelles conditions le mandant peut conférer le mandat d'accomplir l'un ou l'autre de ces actes.

Il faudra en outre décider en conformité de la loi personnelle si, pour accomplir un acte donné, un individu peut conférer un mandat à un autre qui le représente à cette fin. Dès lors, étant donné qu'aux termes de la loi personnelle l'intéressé ne puisse accomplir un acte déterminé que personnellement, cet acte ne pourra pas former l'objet d'un mandat, bien que, d'après la loi du pays étranger où il doit être accompli, il puisse l'être par un mandataire. On ne pourrait donc pas invoquer la règle *locus regit actum* pour soutenir, par exemple, que le citoyen d'un pays, qui ne peut pas valablement d'après sa loi nationale se marier par procuration, puisse cependant le faire quand, aux termes de la loi de l'Etat où le mariage doit être célébré, cet acte peut être contracté par mandataire.

1143. — Maintenant nous allons étudier le mandat en tant que rapport conventionnel établi entre un mandant capable à cet effet et un mandataire qui l'a accepté, étant

donné que ce rapport a pour objet une opération juridique qui peut être accomplie par un représentant.

Notons tout d'abord que ce rapport peut être établi par convention expresse ou tacite. Or le caractère essentiel et distinctif de ce rapport consiste dans le pouvoir conféré par le mandant au mandataire, de le représenter et de faire en son nom et pour son compte des actes qui l'obligent envers les tiers. Il en résulte que c'est d'après la loi personnelle du mandant ou d'après celle du lieu où on doit présumer qu'il a donné son consentement qu'on doit décider si on peut ou non admettre la convention tacite, c'est-à-dire si on peut induire des circonstances la dation d'un mandat tacite.

En effet, comme le mandataire est l'obligé, tout doit dépendre du consentement qu'il a manifesté en contractant, et dès lors il faut se reporter à la loi qui le régit pour statuer à l'égard du consentement tacite et du caractère de ce consentement. Nous inspirant de ces principes, nous soutenons qu'on doit décider d'après la loi du mandant si la circonstance du silence de sa part, après qu'il a connu la gestion d'affaires entreprise à son insu par un tiers, peut avoir le caractère de mandat tacite. Ce ne serait pas en effet le cas de décider d'après la loi du lieu où la gestion d'affaires a été accomplie, si, à la suite de la connaissance de la gestion par le propriétaire et de son silence, cette gestion peut se transformer en mandat tacite. En effet, tout devant dépendre du consentement du propriétaire, on devrait décider d'après la loi sous l'empire de laquelle se serait réalisé son silence, si *qui non prohibet pro se intervenire, mandare creditur*.

Il faut dire qu'il est très important de déterminer exactement la nature du rapport obligatoire, qui peut être considéré comme résultant de la convention tacite, afin de préciser la nature des obligations qui en résultent. En effet les conséquences de la gestion d'affaires et du mandat tacite sont distinctes. La gestion d'affaires constitue un quasi-contrat, et le mandat, un contrat, deux sortes d'opérations juridiques régies par des principes différents. Nous nous occuperons

de ces différences, quand nous traiterons de la gestion d'affaires.

De même l'acceptation du mandat peut être expresse ou tacite. Cependant, comme elle ne peut résulter que du consentement du mandataire, il faut se reporter à la loi sous l'empire de laquelle ce consentement s'est manifesté, ou sous l'empire de laquelle se sont produites les circonstances dont on induit l'acceptation tacite, pour décider si on peut ou non admettre la stipulation tacite du mandat.

1144. — En effet, le contrat de mandat se formant en vertu de la volonté réciproque du mandant et du mandataire, il est essentiel, pour que le rapport contractuel prenne naissance, qu'une personne ait la volonté de donner à une autre personne la mission de faire en son nom une opération donnée en s'obligeant à répondre personnellement de toutes les conséquences juridiques pouvant en résulter, et que cette autre personne s'oblige à accomplir cette opération en prenant à sa charge toutes les conséquences juridiques de cet engagement. Or on comprend que, lorsque deux personnes se trouvent dans des pays différents, et que, la question se posant de savoir si toutes deux ont eu l'intention réciproque nécessaire pour l'existence du mandat, pour induire cette intention des circonstances, il faut se reporter à la loi du pays sous l'empire de laquelle les circonstances se sont produites. Les raisons, qui nous ont engagé à admettre que c'est d'après la loi à laquelle est soumis le mandant qu'on doit décider si son silence peut équivaloir au consentement tacite de s'obliger par mandat, nous déterminent à soutenir que c'est d'après la loi par laquelle est régi l'individu qui reçoit une commission, qu'on doit décider si le seul fait par lui d'avoir reçu la commission peut faire admettre qu'il l'a acceptée et qu'il est ainsi devenu le mandataire de celui qui la lui a adressée.

Il faut examiner attentivement toutes ces circonstances, pour décider si le consentement nécessaire pour la conclusion

du contrat de mandat existe ou non. Il faut aussi s'inspirer du principe, que les règles sur l'acceptation tacite consacrées par la loi du pays de la personne dont émane la commission ne peuvent pas être décisives, si elles ne sont pas conformes à la loi du pays où se trouve la personne à l'encontre de laquelle on prétend établir l'obligation résultant d'un mandat. On doit en effet tenir compte de la loi de chacune des parties, pour apprécier leur intention respective de s'obliger.

En ce qui concerne la capacité requise pour s'obliger valablement par mandat, il est clair qu'il faut se reporter à la loi personnelle du mandataire. Cependant, si la personne capable de conférer un mandat a nommé comme son mandataire un incapable, elle sera responsable envers les tiers à raison des actes accomplis en son nom par cet incapable, bien que ce dernier puisse se prévaloir de l'exception de nullité résultant de son incapacité dans ses rapports avec le mandant, à l'égard duquel il ne pourrait être tenu que d'après les règles édictées par la loi personnelle en ce qui concerne les actes accomplis par un incapable.

1145. — Après avoir ainsi exposé les principes généraux relatifs à l'existence du contrat de mandat eu égard aux éléments essentiels nécessaires pour qu'il existe, nous allons examiner quelle est la loi sous l'empire de laquelle ce contrat doit être considéré comme devenu parfait, quelle est celle qui doit règler toutes les conséquences qui peuvent en résulter à l'égard des tiers, surtout quand il s'agit d'un mandat qui comporte une série d'actes et d'opérations, qui doivent être accomplis dans des lieux distincts.

Nous croyons indispensable de bien distinguer les trois points de vue sous lesquels on doit envisager l'autorité de la loi. Il nous semble, en effet, que c'est le défaut d'une telle distinction qui a amené une certaine confusion entre les juristes dans l'étude des questions, auxquelles donne naissance le contrat de mandat. En effet, cette matière est assez complexe, en raison des phases diverses du mandat, à

propos desquelles il y a lieu de rechercher la loi applicable.

1146. — Pour ce qui concerne le rapport contractuel qui, en vertu du mandat, s'établit entre le mandant et le mandataire, la difficulté à résoudre consiste à déterminer si ce rapport doit être considéré comme devenu parfait, soit au temps et au lieu où le mandataire a consenti expressément ou tacitement à faire l'affaire au nom et pour le compte du mandant, soit au lieu où le mandat a été donné et au moment où l'acceptation du mandataire est parvenue au mandant.

Suivant qu'on résout cette question dans l'un ou dans l'autre sens, on arrive à un résultat différent pour déterminer la loi qui devra régir les obligations du mandant et du mandataire. En effet, tout rapport contractuel devant être régi par la loi sous l'empire de laquelle il est devenu parfait, si on admet que le contrat doit être considéré comme définitif au moment de l'acceptation du mandat, les obligations respectives entre le mandant et le mandataire devront être régies par la loi du pays de ce dernier. Si au contraire on admet l'opinion contraire, ce sera la loi personnelle du mandant qui régira ces mêmes obligations.

1147. — Nous avons soutenu à propos des contrats conclus entre personnes qui se trouvent dans des lieux différents, que le rapport obligatoire entre elles doit être considéré comme devenu parfait au lieu et au moment où se trouve réalisé l'accord des deux volontés, et que cet accord doit être regardé comme réalisé lorsque l'offre non révoquée avant l'acceptation a été acceptée et que l'acceptation s'est manifestée sous une forme extrinsèque. Nous ne pouvons donc pas hésiter à dire, en ce qui concerne le mandat, que ce contrat plus que tout autre doit être considéré comme devenu parfait au lieu et au moment où le mandataire a exprimé par un acte extérieur quelconque qu'il consent à accomplir l'acte juri-

dique au nom du mandant. Donc pour nous il n'est pas nécessaire pour la perfection du mandat, que l'acceptation du mandataire soit venue à la connaissance du mandant.

Nous avions déjà soutenu cette opinion dans la première édition de cet ouvrage[1]. Nous avions dit que, même si on voulait considérer comme indispensable pour la perfection du contrat entre les absents, que l'acceptation parvienne à la connaissance de l'offrant, cela ne pourrait être admis que pour les contrats synallagmatiques parfaits, c'est-à-dire pour ceux dont résulte une obligation réciproque et principale pour les deux parties contractantes. Quant au contrat de mandat, nous soutenions que, puisque l'obligation principale, c'est-à-dire celle du mandant, est unique et que sa volonté en ce qui concerne toutes les conséquences du mandat qu'il donne doit être réputée constante et persistante tant qu'il n'a pas révoqué le mandat et notifié sa révocation au mandataire, lorsque le mandataire accepte le mandat et l'exécute, le rapport obligatoire devient parfait et qu'il n'est besoin d'aucun autre élément pour que le mandant soit obligé en vertu du mandat. Nous avions déduit de ces principes, que le contrat de mandat, en ce qui concerne les rapports du mandant et du mandataire, doit être régi par la loi du pays où réside le mandataire, parce que c'est sous l'empire de cette loi qu'on doit considérer le rapport juridique obligatoire comme devenu parfait.

Nous maintenons aujourd'hui cette opinion, qui est celle de Story.

Story pose l'hypothèse d'un marchand résidant en Amérique, qui donne le mandat d'acheter pour son compte des marchandises en Angleterre. Il soutient que le contrat doit être régi par la loi anglaise, parce que c'est en Angleterre que le consentement final est donné par la personne qui reçoit et exécute l'ordre de son correspondant[2], en invoquant

[1] Voir édition de 1869, § 248 et les traductions française et espagnole de cette édition, même n°.

[2] Story, *Conflict of Laws*, § 285.

l'autorité de Casaregis, qui s'exprime ainsi à ce sujet : *Pro hujus materiæ declaratione præmittenda est regula ab omnibus recepta, quod contractus vel negotium inter absentes gestum dicatur eo loco, quo ultimus in contrahendo assentitur, sive acceptat: quia tunc tantum uniuntur ambo consensus. Si mandati contractus dicitur initus in loco, quo diriguntur litteræ missivæ alicujus mercatoris, si alter ad quem diriguntur, eas recipit et acceptat mandatum*[1]

Brocher soutient la même doctrine,[2] mais Laurent la combat.[3]

1148. — Laurent soutient en effet qu'on ne doit faire aucune différence entre les contrats bilatéraux et les contrats unilatéraux, qu'aussi bien à l'égard des uns qu'à l'égard des autres il est indispensable que l'acceptation vienne à la connaissance de celui qui a fait l'offre, parce qu'il ne peut y avoir de concours de volontés, que lorsque ce dernier a été avisé de cette acceptation. Il donne comme raison à l'appui de son opinion, que la donation, bien que contrat unilatéral, ne devient parfaite qu'après notification de l'acceptation au donateur.

Cet argument nous parait très faible, parce que la donation ne peut pas être assimilée complètement aux contrats, de manière à généraliser à leur égard les règles qui lui sont spécialement applicables. La nécessité pour le donateur de connaître l'acceptation est la juste conséquence des deux principes, *non potest liberalitas nolenti adquiri*[4] et *invito benificium non datur.*[5] D'autre part, il ne serait pas juste, ainsi que l'ont dit les rédacteurs du Code civil français, de maintenir l'incertitude du droit de propriété et d'admettre

[1] Casaregis, *Discursus legales*, 179, §§ 1 et 2.
[2] Brocher, *Droit internat. privé*, T. II, p. 228; Compar. Despagnet, *Dr. intern. privé*, n° 411.
[3] *Droit civ. internat.*, T. VII, § 452.
[4] L. 17, § 2. (*De donati.*).
[5] L. 69, (*De regul. jur.*).

que le donateur ne puisse pas transférer sa propriété à un autre, alors qu'il ne sait pas si sa donation est acceptée. Ces raisons ont pu engager le législateur à imposer la notification de l'acceptation comme un élément intégrant et constitutif pour rendre la donation parfaite. Dans le contrat de mandat au contraire on ne peut se dispenser d'admettre que le mandant persiste dans sa volonté, tant qu'il n'a pas manifesté une intention contraire et ne l'a pas fait connaître au mandataire. Dès lors, aussitôt qu'à son consentement actuel et persistant vient se joindre celui du mandataire, le rapport contractuel est parfait, car il est incontestable que rien ne manque au concours des volontés des deux parties. C'est pour cela que les législateurs n'ont pas exigé l'acceptation formelle, mais ont au contraire disposé que l'acceptation peut être tacite et peut résulter de l'exécution de la part du mandataire.[1]

En admettant la théorie de Laurent, comme le mandat n'existerait qu'après que l'acceptation serait parvenue au mandant, le mandataire ne pourrait exécuter le mandat qu'à partir de ce moment, car on ne pourrait admettre l'exécution d'un contrat avant sa formation. Si donc le mandat, en raison de la nature des choses, devait être exécuté sans retard, et si le mandataire agissait de suite dans l'intérêt du mandant, ses actes ne seraient qu'une gestion d'affaires jusqu'au moment où son acceptation serait venue à la connaissance de ce mandant.[2]

Laurent invoque comme conforme à son opinion la sentence rendue par le tribunal de commerce de l'Empire d'Allemagne, du 4 décembre 1871.[3] Il s'agissait d'un mandat

[1] Compar. Code civil italien, art. 1738; Code civil français, art. 1985.

[2] En admettant la théorie de Laurent on aboutit à un résultat pratiquement absurde, surtout en matière de mandat commercial. Est-il admissible qu'un commissionnaire chargé d'un achat, d'une vente ou de toute autre opération, qui, pour être avantageuse doit être exécutée de suite, ne puisse agir en qualité de mandataire régulier qu'après que son commettant a été touché par sa lettre ou son télégramme l'avisant de l'acceptation de la commission (Note du traducteur C. A.).

[3] Clunet, *Journ. de Dr. internat. privé*, T. I, p. 81.

donné par une maison française à son commis-voyageur en Allemagne, et la difficulté portait sur le point de savoir si, pour déterminer l'étendue des pouvoirs conférés à ce représentant, on devait appliquer la loi allemande ou la loi française. Le tribunal de Leipsig décida avec raison que les dispositions du Code de commerce allemand, qui donne aux commis-voyageurs des pouvoirs plus étendus que ceux conférés par le Code français, ne pouvaient pas s'appliquer; que l'étendue du pouvoir devait être déterminée d'après les habitudes, le langage et les usages du lieu où le mandat avait été donné, parce qu'on ne devait pas présumer que le mandant avait voulu se reporter à la loi étrangère. Laurent déduit de cette décision, que le tribunal a admis que le contrat devait être considéré comme étant devenu parfait en France.

Cet auteur n'a pas pris garde que la contestation jugée par le tribunal de Leipsig n'était pas relative au lieu où le contrat devait être considéré comme parfait, mais avait pour objet la détermination de la loi d'après laquelle on devait fixer l'étendue des pouvoirs du mandataire. Or nous avons dit dès le début de cette matière qu'il faut distinguer la question concernant le mandat comme rapport contractuel de celle relative à la substance du contrat, c'est-à-dire de celle concernant le mandat en tant que cette expression indique le pouvoir conféré par une personne à une autre de traiter et de faire une opération en son nom. [1] Nous aussi nous admettons que, pour fixer l'étendue des pouvoirs donnés, comme il s'agit de déterminer l'intention du mandant et d'interpréter sa volonté, la présomption la plus raisonnable est celle d'après laquelle on soutient qu'il faut se reporter à la loi et aux usages en vigueur au lieu où l'offre a été faite. En effet l'offrant a dû naturellement s'en référer plutôt à cette loi et à ces usages qu'à ceux en vigueur à l'étranger, pour fixer l'étendue du pouvoir qu'il entendait conférer.

Nous admettons donc également la décision du tribunal de

[1] Voir suprà, §§ 1141, 1145.

Leipsig, parce que nous reconnaissons qu'elle est conforme aux justes principes et en harmonie avec notre doctrine. Le tribunal a en effet décidé que la substance du mandat, c'est-à-dire l'étendue des pouvoirs conférés par le mandant, devait être déterminée d'après la loi du pays où le mandat avait été donné, et c'est justement ce que nous soutenons. Si Laurent avait tout bien considéré, il n'aurait probablement pas trouvé bien *faibles*, ainsi qu'il les qualifie, les raisons invoquées par les auteurs qui soutiennent que le contrat de mandat devient parfait au lieu où réside le mandataire et où celui-ci accepte et exécute le mandat.

1149. — Nous persistons donc à soutenir la première opinion. Dès lors, à notre sens, quand le mandat est accepté ou doit être présumé accepté, il naît un lien juridique actuel et effectif entre le mandant et le mandataire et, comme ce lien se forme au lieu où se trouve le mandataire, il doit être régi par la loi en vigueur en ce lieu pour tout ce qui a trait aux obligations juridiques qui peuvent résulter des rapports ainsi créés entre le mandant et le mandataire, cela en vertu du contrat qui est devenu parfait sous l'empire de cette loi. On devra par conséquent décider d'après cette loi, si, en l'absence d'une clause expresse, le mandat doit être réputé gratuit; si le mandant doit rembourser au mandataire ses avances et ses dépenses, encore bien que l'affaire n'ait pas abouti utilement; s'il doit indemniser le mandataire des pertes qu'il a subies à l'occasion de l'exécution du mandat, quand on ne peut lui imputer aucune faute; s'il doit lui payer les intérêts de ses avances à partir du jour où il les a faites. On devra aussi s'en référer à la même loi pour décider si et quand le mandataire est responsable des dommages résultant de l'inaccomplissement du mandat; comment il doit rendre compte de ses fonctions; s'il peut se substituer un tiers pour accomplir sa tâche; s'il doit payer les intérêts des sommes dont il est demeuré débiteur; s'il doit être considéré

comme obligé solidairement à l'égard du mandant avec les autres mandataires constitués dans la même affaire.

Ces principes ont été consacrés dans une décision du tribunal supérieur de commerce de Leipsig, qui a jugé que les droits et les obligations d'un commissionnaire résidant en Angleterre à l'égard de son commettant domicilié en Allemagne, et notamment le droit de se payer sur les achats, si le commettant était en demeure d'exécuter ses obligations, devaient être régis par la loi et les usages commerciaux en vigueur en Angleterre[1].

1150. — En ce qui concerne les obligations qui peuvent résulter de l'exécution du mandat à l'égard des tiers avec lesquels le mandataire a contracté en vertu du mandat, il est à noter qu'elles résultent de contrats qui sont devenus parfaits au lieu où ils ont été passés entre le mandataire et les tiers. Or, comme toute obligation résultant d'une opération juridique accomplie en un lieu donné, elles doivent être déterminées d'après les principes généraux qui doivent régir toute obligation contractuelle. Par conséquent, si le mandat avait trait à une série d'actes à accomplir dans des pays différents et sous l'empire de lois distinctes, il faudrait toujours appliquer à chacun de ces rapports contractuels les principes généraux relatifs aux contrats conclus sous l'autorité d'une loi donnée.

Une question, qui pourrait surgir dans ces circonstances, est celle qui consiste à décider, si et jusqu'à quel point, le mandant pourrait être personnellement et directement obligé envers les tiers.

Pour résoudre une telle question, il faut vérifier si le mandataire a agi en son propre nom, mais pour le compte du mandant, ou s'il a agi au nom et comme représentant du mandant. On peut en effet également bien admettre ces deux

[1] *Reichsgericht*, I, ch. civ., 16 décembre 1885, *Journ. de Dr. internat. privé*, 1887, p. 84.

façons d'agir du mandant, parce qu'on ne peut pas considérer la représentation de la personne du mandant comme tellement substantielle en matière de mandat, qu'on puisse soutenir que le mandataire ne puisse agir en cette qualité que lorsqu'il représente le mandant, et que dès lors il ne puisse pas y avoir de mandat quand le mandataire agit en son nom, mais pour le compte du mandant[1].

Au surplus, que le mandataire en contractant avec un tiers ait agi, soit comme représentant du mandant, soit en son propre nom mais pour le compte du mandant, cela ne modifie pas le caractère substantiel de la chose, pas plus en ce qui concerne les rapports personnels obligatoires existant entre le mandant et le mandataire, qu'en ce qui concerne les engagements pris à l'égard des tiers. Les premiers de ces rapports, ainsi que nous l'avons dit, devraient toujours être régis par la loi sous l'empire de laquelle le mandat est devenu parfait; quant aux seconds, ils devraient continuer à être réglés d'après les principes applicables à tous rapports contractuels accomplis sous l'empire d'une loi donnée. Lorsqu'en effet le contrat conclu entre le mandataire et un tiers aurait été valablement conclu, il serait strictement obligatoire. Tout dès lors doit se réduire à déterminer, si c'est le mandataire ou le mandant qui doit être réputé personnellement obligé envers le tiers.

Quand le mandataire a passé un contrat avec un tiers, en exécution et dans les strictes limites du mandat, il est clair qu'ayant contracté comme représentant du mandant, il a obligé ce dernier personnellement envers le tiers, qui a contracté avec le mandant par l'entremise de son représentant. [2] Il ne pourrait dès lors pas invoquer sa loi personnelle

[1] Compar. Chironi, *Istituzioni di Diritto civile*, T. II, § 349.

[2] Il va de soi que, pour que les actes accomplis par quelqu'un pour le compte d'autrui puissent obliger celui-ci en qualité de mandant, il faut avant tout que la qualité du mandataire soit établie d'une façon certaine au moment du contrat. Si elle était contestée, il appartiendrait aux tribunaux de vérifier si le mandat existe réellement. La Cour de Cassation française a admis que le jugement, par lequel un tribunal a d'après les

pour exclure, à l'égard de toutes les conséquences du contrat, l'application de la loi en vigueur au lieu où le mandataire aurait contracté en son nom avec le tiers. Aussi est-ce fort exactement que le lord Chancellor a dit, en jugeant l'affaire Pattisson, « Si je réside en Angleterre, je donne le mandat à « mon agent en Ecosse, et s'il fait là des contrats en mon « nom, c'est comme si je m'y étais moi-même rendu et les « y avais fait. »[1]

Si au contraire le mandataire contractait en son propre nom, il serait obligé envers le tiers, bien que les conséquences de cet acte accompli par lui pour le compte du mandant dussent, dans les rapports du mandant et du mandataire, être régies par la loi sous l'empire de laquelle le contrat de mandat aurait été conclu.

1151. — Il pourrait se faire que le mandataire, contractant en son propre nom mais pour le compte du mandant, au lieu de se maintenir strictement dans les termes du mandat, excédât les ordres de son commettant, et que le mandant ratifiât ensuite à l'égard du tiers de bonne foi le contrat ainsi passé. Dans ces circonstances toutes les conséquences, qui pourraient résulter de la ratification dans les rapports du mandant avec le tiers, devraient être régies par la loi du lieu où l'affaire aurait été conclue, et non par celle du lieu où la ratification aurait été stipulée.

Casaregis motive ainsi cette solution: « *Ratio rationis est quia consensus ratificantis non unitur in loco suo ad aliquem actum seu contractum perficiendum, sed acceptandum contractum vel negotium pro se in loco gestoris jam factum, ac si eodem tempore et loco, in quo fuit per gestorem negotium gestum, ipsemet ratificans esset præsens ibique contraxisset* »[2].

faits et circonstances décidé que le mandat n'est pas établi, n'est pas sujet à Cassation. Cassation, 17 novembre 1856, *Journal du Palais*, 1858, p. 251.

[1] Cité par Story, *Conflict of Laws*, § 285.

[2] Casaregis, *Discursus*, 139, § 20, 64, 76, 80, Card. De Luca, *Discursus*, 47, n° 9; Delamare, T. I, n° 175; Pardessus, *Dr. commercial*, n° 1354.

Toutefois nous n'entendons régler ainsi que les rapports des tiers et du mandant. Ceux du mandataire et du mandant devront toujours, en cas d'opérations faites dans les limites du mandat, être régis par la loi du lieu où le mandat est devenu parfait, en d'autres termes a été accepté. Par conséquent si, aux termes de cette loi, le mandataire était responsable de toute faute et s'il était en faute, s'il enfreignait les ordres du mandant même en remplaçant la chose commandée par une autre de meilleure qualité, le mandant pourrait se prévaloir de la loi du contrat pour actionner le mandataire en dommages intérêts. Peu importerait du reste que la loi du pays d'où aurait été donné le mandat et celle du lieu où aurait été consentie la ratification fussent différentes de celle de l'Etat où aurait été conclu le contrat ensuite ratifié[1].

1152. — Les règles que nous avons posées doivent être appliquées, non seulement dans le cas où le mandataire contracte avec les tiers comme représentant du mandant, mais quand le mandataire en exécutant le mandat prend lui-même le rôle d'un tiers, en faisant pour son propre compte et dans l'intérêt du mandant ce qu'il aurait dû faire avec le tiers.

Supposons, par exemple, que le mandat ait pour objet l'achat d'une quantité donnée de marchandises et que le mandataire, l'ayant en sa possession, au lieu de l'acheter à un tiers, l'expédie directement à son mandant.

Dans cette hypothèse, il faudrait voir dans le fait juridique deux contrats distincts, celui de mandat et celui de vente, et il faudrait appliquer à l'un et à l'autre la loi sous l'empire de laquelle chacun d'eux est devenu parfait. Ainsi on devrait décider d'après les principes généraux applicables à la vente, si la marchandise vendue pourrait être considérée comme devenue la propriété du mandant avant d'être parvenue à destination, dans le cas où elle aurait été

[1] Compar. Cass. française, 28 mars 1855, *Journ. du Palais*, 1857, 218; et Pothier, *Du Mandat*, secti III, § 90 et suivi; Troplong, *Id.*, n° 601.

livrée en exécution du mandat et portée au compte du mandant.

Nous disons cela en invoquant les arguments tout à fait juridiques de Casaregis, qui s'exprime ainsi : « *Nam mer-* « *cator transmittens merces ex ordine sui corresponsalis dupli-* « *cem induit personam, unam nanque venditoris, alteram procu-* « *ratoris sui corresponsalis emptoris, cujus vice et nomine a se* « *ipso recipit mercium traditionem, mensurationem et pondera-* « *tionem vel numerationem convento pretio, quod in libris et* « *in litteris reciproce intervenientibus adnotatur, ex quo certe* « *sequitur, quod data inde decotione mercatoris committentis,* « *prædictæ merces transmissæ considerantur in illius vel de* « *illius patrimonio, licet adhuc ipsæ existerint in navi aut in* « *dohana, in qua depositæ fuerunt.* »[1]

Le mandataire ne pourrait donc pas avoir dans ce cas d'autres droits que ceux d'un tiers, et on devrait décider d'après la loi du lieu de la conclusion du contrat s'il pourrait être admis à revendiquer la marchandise vendue et dans quelles conditions. Si, n'ayant pas les fonds pour payer, il avait porté au compte du mandant le prix de la marchandise, ce fait ne modifierait pas les conséquences de la vente, car cela aboutirait au même résultat que s'il avait acheté la marchandise à autrui en la payant de ses deniers pour le compte du mandant. On devrait du reste toujours résoudre la question par application de la loi qui doit régir le contrat de mandat, et il en serait de même à l'égard de tout droit du mandataire qui a exécuté ce contrat. C'est donc d'après cette loi, qu'on doit décider si, étant en sa qualité de mandataire créancier du prix de la marchandise acquise au nom et pour le compte du mandant, il peut ou non être considéré comme subrogé *ope legis* dans les droits appartenant au vendeur sur la marchandise vendue mais non payée.

Nous n'entrerons pas dans d'autres détails, parce qu'il nous semble que les applications que nous en avons faites

[1] Casaregis, *Discursus* 38, n° 51-55.

doivent suffire pour mettre en lumière les principes, que nous avons indiqués comme devant servir à déterminer la loi applicable aux opérations résultant du mandat, qui sont accomplies dans des lieux distincts, et aux droits et obligations du mandataire dans ses rapports avec le mandant et aux droits et obligations du mandant et du mandataire à l'égard des tiers.

Ces principes ont été consacrés dans un jugement du tribunal de Marseille. Il a décidé que si, d'après l'usage de la place où la vente a été faite par mandataire, il est accordé à l'acheteur un délai de faveur pour le paiement du prix, le mandataire ne peut être tenu de payer la somme produite par la vente qu'après l'expiration de ce délai, et que si, avant l'expiration de ce délai, le commettant procédait contre le commissionnaire pour obtenir le paiement du prix, il serait passible de dommages-intérêts envers ce dernier. [1]

1153. — Maintenant nous allons étudier la question de savoir, jusqu'à quel point la loi du pays sous l'empire de laquelle le mandat a été conféré doit exercer son autorité.

A la suite d'une analyse exacte du mandat dans son mécanisme interne, nous avons indiqué la nécessité de bien distinguer les deux éléments qui constituent cette opération juridique, c'est-à-dire, l'offre d'accomplir une affaire donnée et le pouvoir conféré dans ce but; l'acceptation et le rapport contractuel qui en résulte. L'offre ne crée par elle-même aucun lien juridique, ce lien ne se formant qu'à la suite de l'acceptation. L'offre doit cependant être regardée comme déterminant l'objet du contrat. Dès lors, pour fixer la nature et l'étendue du mandat et des pouvoirs conférés au mandataire, on devra appliquer la loi et les usages en vigueur au lieu d'où l'offre a été faite. La nature et l'étendue des pouvoirs doit incontestablement être considérée comme dans le

[1] Marseille, 16 octobre 1833 (Chapelle), *Journ. de Marseille*, 14, I, 79. — Compar. Marseille, 24 janvier 1851 (Vezian), *Id.*, 30, I, 141.

domaine de l'autonomie individuelle et, comme il s'agit de l'interprétation de la libre volonté exprimée par le mandant, on doit naturellement admettre qu'on puisse présumer en principe qu'il n'a pas pu faire l'offre et conférer les pouvoirs en se référant à une loi étrangère. Par conséquent, la seule loi applicable est la loi du pays du mandant. Donc pour décider, par exemple, si le mandat conféré doit être réputé général ou spécial et si, eu égard aux termes dans lesquels il est conçu, il peut comprendre les seuls actes d'administration ou ceux d'aliénation, s'il comprend la faculté de transiger ou de passer des compromis, on devrait appliquer la loi sous l'empire de laquelle le mandat a été donné et non celle du lieu où il a été accepté. On devrait résoudre de même la question de savoir si le mandat conféré par plusieurs personnes pour une affaire pouvant ou non entraîner l'obligation des mandants à l'égard du mandataire pourrait ou non engager ceux-ci solidairement envers le mandataire pour tous les effets du mandat. [1]

Si dès lors on suppose qu'un mandat illimité ait été conféré sous l'empire d'une loi disposant que, pour conclure un contrat de prêt à usage ou de prêt à intérêt, il est nécessaire d'avoir un mandat particulier, il est clair que le mandataire muni d'un mandat général ne pourrait pas arguer de sa propre loi pour interpréter conformément à cette loi les pouvoirs illimités qui lui auraient été accordés, mais qu'il devrait se conformer à la loi du mandant. C'est seulement en ce qui concerne les modalités d'exécution du mandat que le mandataire pourrait se référer à la loi du lieu de l'exécution. Ainsi un mandat accepté sous l'empire du Code civil autrichien attribuerait au mandataire le droit d'employer tous les moyens d'exécution qui sont nécessairement connexes à la nature de l'affaire ou qui sont conformes à l'intention exprimée par le mandant, bien qu'il s'agisse d'un mandat limité,

[1] Il en est ainsi aux termes des articles 1556 du Code civil italien et 2002 du Code civil français.

ainsi que cela est prescrit par l'article 1909 de ce Code. On doit en effet admettre que la personne qui donne un mandat d'accomplir une affaire en Autriche, même en limitant l'objet de ce mandat, a eu l'intention de conférer au mandataire le droit d'employer toutes les mesures d'exécution prévues par la loi autrichienne pour l'accomplissement du mandat. Cela du reste n'est pas inhérent à la substance du mandat, mais se rapporte à *ea quæ ad complementum vel executionem spectant.*

1154. — Nous allons étudier les questions relatives à la fin du mandat et à la loi qui doit la régir.

Le mandat peut finir de diverses manières, par la mort du mandant ou du mandataire : par suite d'un changement d'état personnel : par suite de l'accomplissement de l'affaire ou de l'expiration du temps pour lequel le mandat a été conféré : par la révocation du pouvoir par le mandant : par la renonciation du mandataire. Il faut examiner ces différents modes d'extinction du mandat par rapport aux conséquences qui en peuvent résulter entre le mandant, le mandataire et leurs héritiers, et entre eux et les tiers.

Comme le contrat avec toutes les conséquences qui résultent des rapports contractuels subsiste entre le mandant et le mandataire tant qu'il n'est pas éteint, tout se réduit à déterminer d'après quelle loi on doit apprécier l'extinction de ce contrat. Etant donnée notre doctrine que le mandat devient parfait au lieu où il a été accepté, c'est d'après la loi en vigueur en ce lieu qu'on doit aprécier l'extinction de ce contrat. Si donc, aux termes de cette loi, la révocation du mandat ne devenait valable qu'après notification dans une forme donnée au mandataire, il devrait être considéré comme existant avec tous ses effets jusqu'à l'époque de cette notification.

La mort du mandant éteint le mandat, sauf s'il s'agit d'une affaire qui doit être traitée après sa mort. Toutefois il faudrait se reporter à la loi du lieu où le mandat a été accepté et doit être exécuté pour déterminer les conséquences des actes faits

par le mandataire à une époque où il ignorait la mort de son mandant, et pour dire comment on devrait établir à l'égard du mandataire la connaissance ou l'ignorance de cette mort.

Pour ce qui concerne les rapports entre le mandant et le mandataire et entre leurs héritiers, il faudrait tout d'abord examiner quelles sont les obligations dérivant du mandat qui sont ou non transmises aux héritiers. Certainement si le mandat venait à s'éteindre avant tout acte d'exécution, les héritiers du mandataire ne pourraient pas s'ingérer dans cette exécution, et ne pourraient pas en exécutant le mandat acquérir des droits envers le mandant. Mais si le mandat était en cours d'exécution et s'il s'agissait uniquement de compléter l'exécution commencée, les héritiers pourraient être tenus à l'égard du mandant, non seulement de rendre compte de ce qui aurait déjà été fait, mais de compléter l'exécution commencée[1], et à leur égard l'*actio mandati* devrait être régie par la loi sous l'empire de laquelle le mandat serait devenu parfait.

Supposons, par exemple, qu'une personne ait donné un mandat d'acheter des marchandises en Hollande et de les expédier en France, et que le mandataire meure après avoir fait cette acquisition et avant de faire l'expédition, ses héritiers ne pourraient pas retenir les marchandises. Au contraire ils devraient en faire l'expédition, parce que cette expédition serait une conséquence nécessaire de l'achat fait pour le compte du mandant et l'accomplissement de l'obligation contractée par le défunt. Dès lors toutes les conséquences qui pourraient résulter du retard de cette expédition au point de vue de la responsabilité du mandataire se transmettraient à ses héritiers et devraient être régies en tous points par la loi, sous l'empire de laquelle le contrat de mandat aurait été conclu.

En effet, bien que n'ayant pas contracté, l'héritier du mandataire doit être considéré comme obligé à terminer l'affaire commencée par le défunt dans l'intérêt d'autrui, et comme soumis à toutes les conséquences pouvant résulter de l'inac-

[1] Compar. L. 27, § 3, Dig., V° *Mandatum*.

complissement de cet engagement aux termes de la loi hollandaise, sous l'empire de laquelle le contrat a été conclu et l'exécution commencée. *Quæ per defunctum inchoata sunt, per hæredem explicari debent.*[1]

De même, bien que le mandat s'éteigne par la mort du mandant, si le mandataire avait fait ce qu'il avait droit de faire aux termes de la loi suivant laquelle il a accepté le mandat, les héritiers ou autres successeurs universels du mandant ne pourraient pas méconnaître l'autorité de cette loi pour s'exonérer de l'obligation qu'elle leur imposerait d'indemniser le mandataire et de ratifier ses actes. Si, par exemple, un Français avait chargé une personne habitant l'Amérique de lui acheter certaines choses, et si le mandataire, qui avait opéré cet achat après la mort du mandant, pouvait établir qu'il avait régulièrement exécuté le mandat d'après la loi américaine, les héritiers ou successeurs universels du Français ne pourraient pas repousser l'*actio mandati* et méconnaître les actes accomplis par le mandataire, ni prétendre lui laisser à son compte la marchandise ainsi achetée, sous le prétexte que l'acquisition aurait été faite après la mort du mandant et que le Code civil français dispose que le mandat est éteint par cette mort.

Ce serait, au contraire le cas d'invoquer la décision d'Ulpien : *Mandatum morte mandatoris; non etiam mandati actio solvitur*[2] et celle de Paul : *Mandatoris morte solvi mandatum, sed obligationnem aliquando durare.*[3] La raison en est que, le mandant s'étant obligé par mandat, l'obligation contractée par lui passe à ses héritiers et doit être également régie à leur égard par la loi, sous l'empire de laquelle ce contrat a été conclu. Par conséquent les héritiers doivent considérer

[1] L. 40, *Dig., Pro soc.*
[2] L. 58, *Dig., Mandat.*
[3] L. 26, *Dig., Mandat.*

comme obligatoire pour eux tout ce que le mandataire a fait légalement en exécution du mandat.

1155. — Il faudrait finalement, en ce qui concerne les tiers, appliquer la loi en vigueur au lieu où le mandataire a contracté avec eux. Par conséquent si, d'après cette loi, les droits des tiers qui auraient contracté de bonne foi étaient reconnus, on ne pourrait pas sans violer les principes de l'équité leur appliquer la loi étrangère. En effet le fait juridique accompli sous l'empire de la loi territoriale doit toujours être régi par cette loi au point de vue des conséquences qui en résultent pour les tiers, qui ont contracté sous la protection de la législation en vigueur au lieu du contrat.

1156. — Il nous reste à dire un mot de la forme du contrat de mandat, auquel doit s'appliquer sans restriction la règle générale *locus regit actum*. De plus le contrat de mandat doit, comme tout autre acte, être revêtu de toutes les formalités requises par sa régularité suivant la loi du lieu où il doit produire effet.

Par suite de ces principes, il faut admettre que, bien qu'aux termes de la loi du pays où est conféré le mandat, il puisse être stipulé d'une façon quelconque, soit par acte authentique, soit par acte sous seing privé ou verbalement, si ce contrat devait produire effet dans un autre État, dont la loi exigerait impérativement la forme authentique pour lui attribuer une valeur juridique, on devrait se conformer aux prescriptions de cette loi. Ainsi, par exemple, de quelque pays qu'émanât le mandat donné pour se faire représenter en Italie dans un acte de l'état-civil, ce mandat devrait être donné par acte authentique. En effet l'article 354 du Code civil italien, de même que l'article 36 du Code civil français, exige dans ce cas un mandat spécial et authentique. On

devrait décider de même s'il s'agissait d'accepter une donation faite par un Italien ou par un Français : pour l'accepter par mandataire le donataire devrait donner un pouvoir par acte authentique (art. 1058 C. civil italien, et art. 933 C. civil français)[1].

[1] En Italie une grave controverse a été agitée sur le point de savoir si le mandat donné pour accomplir un des actes, pour lesquels aux termes de l'article 1314 du Code civil le législateur exige sous peine de nullité l'acte authentique ou l'acte sous signature privée, doit être également conféré dans les mêmes formes que ces actes. La jurisprudence s'est divisée à ce sujet. Certains tribunaux ont en effet admis que le mandat donné pour stipuler ces actes, pour être valable, devait seulement être soumis aux règles générales du Droit. (Voir en ce sens Cours d'appel de Rome, 30 mars 1882; de Casale; 1er décembre 1868; de Turin, 11 mai 1866). D'autres tribunaux au contraire ont décidé que le mandat ne pouvait être valable que s'il était donné dans les formes requises par l'article 1314 pour la validité des actes eux-mêmes (Voir en ce sens Cass. de Florence, 29 juillet 1867 et 25 juillet 1878; Cass. de Turin, 9 juillet et 13 décembre 1878; Cour d'appel de Milan, 1er décembre 1880, ainsi que les notes et renvois dans le *Foro italiano*, T. III, p. 1031, T. VIII, p. 624). Nous n'avons pas à discuter ici cette question; nous noterons seulement que, suivant qu'on adopte l'une ou l'autre solution, il y a lieu de dire que le mandat donné à l'étranger pour faire en Italie un des actes énumérés dans l'article 1314 doit demeurer sous l'empire de la règle *locus regit actum*, ou être soumis pour sa validité aux conditions de forme édictées par l'article 1314. Dans ces conditions, il est de prudence élémentaire de rédiger le mandat dans la forme requise par l'article 1314.

CHAPITRE VI

DE LA TRANSACTION.

1157. Définition de la transaction. — 1158. La loi qui doit la régir. — 1159. Application à ce contrat de la règle *locus regit actum*. — 1160. De la loi qui doit régir l'objet de la transaction. — 1161. Quelle peut être l'autorité de la *lex fori* en cette matière. — 1162. Des effets de la transaction. — 1163. Comment doit-on procéder pour attribuer la force exécutoire à une transaction conclue à l'étranger. — 1164. Des causes de nullité et de rescision de la transaction.

1157. — Le législateur français définit la transaction, un contrat en vertu duquel les parties terminent une contestation née ou préviennent une contestation à naître. Toutefois cette définition n'indique ni exactement, ni avec précision juridique, le contrat spécial dont nous allons nous occuper. En effet on peut mettre fin à un procès ou le prévenir par des actes accomplis dans ce but, mais qui ne peuvent pas être qualifiés transaction. Ainsi, par exemple, il peut arriver qu'un procès se termine à la suite d'un acquiescement, ou soit prévenu par quelqu'un qui, par un motif de pure libéralité, s'abstient d'intenter une action judiciaire pour faire valoir un droit certain et incontestable. Dans aucun de ces deux cas, on ne peut pas dire qu'il y ait une transaction. Ce contrat, d'après la doctrine des jurisconsultes romains et des anciens juristes, doit avoir comme élément substantiel l'*aliquid hinc inde datum, promissum vel retentum*[1], d'où on peut dire qu'il n'y a pas transaction mais donation de la part de celui *qui rem certam et indebitam liberalitate remittit*[2].

[1] L. 38, Cod., *De transact.*
[2] L. I, Dig., *De transact.*

Le législateur italien a donné une définition plus exacte et plus complète de la transaction : « La transaction, dit-il, est « un contrat par lequel les parties en donnant, en promettant, « ou en retenant chacun quelque chose, mettent fin à un « procès déjà commencé ou préviennent un procès qui peut « surgir ».

Admettant cette définition comme déterminant la nature propre et le caractère substantiel du contrat, nous nous bornerons à exposer les principes qui doivent servir à fixer la loi qui doit le régir. Etant données les règles posées dans la partie générale de cet ouvrage, il nous suffira de résoudre quelques difficultés que présente leur application.

1158. — Il faut noter tout d'abord, que la transaction peut être considérée comme un contrat ayant une existence propre, et qu'elle peut être aussi envisagée par rapport à l'objet auquel elle s'applique. En ce qui concerne le premier point de vue, il faudra s'inspirer des principes généraux relatifs aux opérations juridiques accomplies et rendues parfaites dans un lieu donné dans leurs rapports avec la loi qui doit les régir. Par conséquent, s'il s'agissait de déterminer ce que les parties avaient entendu faire, en le déduisant de la nature de l'acte, de leur intention et des circonstances, il faudrait se reporter à la loi du lieu où l'opération juridique a été réalisée, afin d'interpréter la convention et de compléter tout ce qui n'a pas été expressément déclaré. Ainsi, par exemple, s'il s'agissait de préciser la nature et la valeur d'une transaction stipulée en termes généraux, à supposer que les parties étrangères et de pays différents eussent transigé sur toutes les affaires qui pourraient exister entre elles, on devrait appliquer la loi sous l'empire de laquelle ce contrat aurait été conclu, pour fixer l'étendue des obligations réciproques qu'on voudrait induire de la nature et de la valeur intrinsèque de l'acte. Pour tout ce qui ne résulterait pas de l'acte lui-même et de l'intention des parties déterminée d'après les circonstances, il faudrait procéder par application

des principes généraux, qui doivent servir à interpréter les contrats conclus sous l'empire d'une loi donnée.

On devrait décider de même dans l'hypothèse où il s'agirait d'apprécier la valeur d'une stipulation de l'acte de transaction, par exemple de celle relative à une clause pénale convenue à l'encontre de la partie qui n'exécuterait pas la transaction, et où il s'agirait d'interpréter cette clause pénale et de décider s'il pourrait en résulter la compensation des dommages et intérêts. Il faudrait encore dans ce cas s'en référer à la loi, sous l'empire de laquelle la transaction aurait été conclue.[1]

1159. — On devra en outre appliquer la loi du lieu du contrat pour résoudre les questions relatives à la forme extérieure et à la preuve de la transaction. On doit en effet admettre à l'égard de ce contrat l'application de la règle *locus regit actum*. Il est bien entendu qu'on ne doit décider en ce sens, que s'il s'agit des formalités extérieures et de la preuve de l'opération juridique. Il en serait tout autrement dans le cas où une forme donnée serait exigée pour manifester valablement le consentement d'après la loi du pays où la transaction doit être exécutée. C'est qu'en effet alors on ne pourrait pas, en vertu de la règle *locus regit actum*, soutenir la validité de la transaction par rapport à la loi du pays où elle doit produire effet, si cette loi ne considérait pas comme valablement manifesté au point de vue de la transaction le consentement, qui ne résulterait pas d'un acte rédigé dans une forme donnée.

[1] Aux termes du Code civil italien, art. 1767, quand dans la transaction on a stipulé une pénalité contre celui qui ne l'exécute pas, cette peine tient lieu de dommages et intérêts pour le préjudice causé par le retard, en laissant subsister néanmoins l'obligation d'exécuter la transaction. L'article 2047 du Code civil français ne formule pas de disposition analogue à celle du Code civil italien sur les conséquences de la clause pénale. Aussi a-t-on décidé en France que la partie au profit de laquelle s'est réalisée la clause pénale ne peut pas réclamer l'exécution de la transaction. Voir Aubry et Rau, T. IV § 420, p. 667, texte et note 14 et les citations qui y sont faites.

Aux termes du Code civil français (art. 2044), le contrat de transaction doit être passé par écrit. De même le législateur italien dispose que ce contrat doit être stipulé par acte authentique ou sous signature privée sous peine de nullité (art. 1314, n° 7, C. civ.). Or il résulte de ces dispositions, qu'aucune transaction exécutoire en France ou en Italie ne pourrait y être valable, si le consentement en vue de transiger n'avait été manifesté par écrit. Toutefois nous ferons remarquer qu'aux termes de la jurisprudence italienne[1] il a été admis que l'article 1314 se rapporte exclusivement aux transactions en matière civile et ne s'applique pas aux transactions commerciales. Dès lors on pourrait, conformément à la règle *locus regit actum*, considérer comme valable en Italie une transaction relative à une affaire commerciale régie par la loi italienne, bien que non rédigée par écrit, si elle avait été conclue valablement dans un pays étranger, dont la loi admettrait la preuve testimoniale de ce contrat.

Nous croyons utile de noter que, la règle *locus regit actum* étant simplement facultative, les parties peuvent toujours observer pour la rédaction d'un acte les prescriptions de la loi du lieu où il doit être exécuté. Dès lors, si les dispositions des articles 2044 du Code français et 1314 du Code italien doivent avoir une autorité absolue à l'égard de toutes les transactions, en quelque lieu qu'elles soient conclues, qui doivent produire effet en France ou en Italie, on ne peut refuser aux étrangers, qui veulent passer une transaction dans l'un ou l'autre de ces pays, la faculté de le faire sans la constater par écrit et d'en administrer la preuve dans le pays étranger où elle doit produire effet d'après les prescriptions de la loi qui y est en vigueur. On ne peut pas en effet attribuer l'autorité du statut réel à ces deux articles, pour soutenir qu'ils devraient exercer une autorité absolue à l'égard des étrangers, qui concluent sous l'empire des lois

[1] Cour de Cass. de Florence, 24 novembre 1881, *Annali della giurisprudenza italiana*, XV, I, 529.

italienne ou française une transaction qui doit être exécutée à l'étranger.

1160. — En ce qui concerne la capacité de transiger, il est clair qu'on doit se reporter à la loi personnelle. Du reste, étant donné que la transaction est un véritable acte de disposition[1] *(transigere est alienare)*, il faudra appliquer cette loi, non en tant qu'elle attribue la capacité de s'obliger, mais en tant qu'elle règle la capacité de disposer et d'aliéner, pour décider quelles sont les personnes qui doivent représenter ou assister un mineur ou un incapable qui veut transiger et si l'homologation du tribunal est nécessaire. Par conséquent, dans les cas prévus par la loi personnelle de l'individu qui transige, on pourra considérer comme valable une transaction faite par une personne qui n'a pas la capacité de disposer. Ainsi, par exemple, s'il s'agissait d'une succession régie par la loi italienne, on pourrait considérer comme valable la transaction faite de bonne foi par l'héritier apparent d'après les dispositions de l'article 933 du Code civil italien, qui exceptionnellement admet la validité d un tel acte pour sauvegarder les droits des tiers.

Si la transaction avait pour objet une affaire intéressant plusieurs personnes, la capacité de transiger devrait être déterminée d'après les règles, qui doivent servir à fixer le pouvoir pour l'un des intéressés dans une affaire commune d'accomplir des actes de disposition dans l'intérêt commun. Il faudrait alors appliquer non les règles concernant la capacité individuelle de transiger, mais celles relatives à la capacité pour une personne de représenter toutes les autres personnes qui ont avec elle un intérêt commun. Par conséquent, si plusieurs personnes étaient intéressées dans une affaire commune, où chacune aurait un droit propre, et si l'une

[1] Compar. Accarias, *Etude sur la transaction en droit civil et en droit romain*; Duranton XVIII, 407 et suiv.; Aubry et Raw, § 420, p. 659; Pont, IX, 509 et suiv.; Cour de Cass. de Palerme, 19 janvier 1869, Legge, X, 1025.

d'elles capable de transiger avait conclu une transaction, ce contrat devrait être considéré comme valablement passé dans son intérêt seulement par rapport aux co-contractants. Mais, comme on ne pourrait pas admettre l'idée de la représentation des autres co-intéressés, à leur égard la transaction devrait être considérée comme sans effet.

1161. — Au point de vue de l'objet auquel elle se rapporte. la transaction doit être régie par la loi applicable au droit contesté ou contestable, et c'est d'après cette loi qu'on doit décider si elle peut ou non avoir une valeur juridique. Ainsi, par exemple, en cas de difficulté entre une femme et un mari étrangers sur leurs droits respectifs de se demander des aliments, ou sur leurs droits résultant des actes d'administration des biens dotaux, on devrait appliquer la loi qui doit régir les rapports de ces époux étrangers, pour dire si la transaction est ou non valable.

De même, si dans l'hypothèse de la succession d'un étranger qui se serait ouverte en Italie il était question de transiger au sujet du réglement des droits héréditaires, on devrait décider d'après la loi qui devrait régir ces droits s'ils pourraient faire l'objet d'une transaction, et si la transaction concernant ces mêmes droits devrait être considérée comme nulle d'une façon absolue ou en partie seulement.

1162. — Il est à noter en effet que, bien que la transaction ait pour but de mettre fin à un procès, la loi du pays où le procès est né et dont les tribunaux sont investis du pouvoir de le juger ne peut avoir aucune autorité à l'égard de la valeur juridique de la transaction, par rapport à l'objet auquel elle se réfère. En effet, puisque cet objet considéré en lui-même doit dans notre hypothèse être régi par la loi étrangère, c'est évidemment d'après cette loi qu'on doit décider si la transaction peut ou non être valablement conclue. La *lex fori* peut incontestablement exercer son empire, pour servir à déterminer dans quelle phase de l'instance judiciaire la tran-

saction peut intervenir, et quelles peuvent en être les conséquences, à l'égard des actions judiciaires introduites devant les tribunaux, à l'égard des frais du procès et de tout ce qui concerne la procédure ; mais cette loi ne peut pas servir à décider si la transaction est ou non valable à l'égard de l'objet en question. En effet, comme il s'agirait du fond du droit, la loi applicable serait la loi étrangère d'après laquelle le juge doit déterminer les droits des parties.

La *lex fori* doit en outre être appliquée pour fixer la valeur juridique de la transaction, dans les cas où l'action a pour base des raisons d'intérêt public. En effet, comme alors l'instance serait introduite en vertu de la loi territoriale, on devrait décider d'après cette loi si elle pourrait ou non être terminée par une transaction. Ainsi, par exemple, à supposer que le ministère public introduise une instance contre un père étranger résidant en Italie, qui aurait abusé de la puissance paternelle et des moyens de correction, on devrait décider d'après la loi italienne si on pourrait ou non terminer cette instance par une transaction. On devrait en outre décider en conformité de la loi territoriale, si la transaction sur les conséquences civiles d'un délit pourrait ou non faire obstacle à l'exercice de l'action publique. La répression de tout fait délictueux étant d'intérêt public, il en résulte que, quelle que puisse être la loi étrangère des parties intéressées, on doit toujours décider d'après la loi territoriale si la transaction peut ou non intervenir à l'égard des matières qui intéressent l'ordre public et quelles peuvent en être les conséquences.

1163. — En ce qui concerne les effets de la transaction, nous dirons que, comme elle consiste principalement dans l'*aliquid hinc inde datum, promissum vel retentum,* pour en déterminer les effets, il faut surtout avoir égard à l'intention des parties contractantes. L'effet immédiat de la transaction est de mettre fin aux contestations, qui ont été expressément indiquées par les parties ou qui résultent de leur intention, présumée d'après les circonstances ou induite de leurs stipu-

lations. En cas de doute, on appliquera la loi qui doit régir l'objet de la transaction, pour en déterminer les effets immédiats, c'est-à-dire le but.

Nous croyons utile à cet égard de dire qu'aux termes de l'article 2052 du Code civil français, qui est conforme à l'article 1772 du Code civil italien, les transactions ont entre les parties l'autorité de la chose jugée irrévocable. On ne saurait cependant pas conclure de là qu'une transaction, passée à l'étranger à la suite d'une instance qui y aurait été introduite devant les tribunaux, devrait être assimilée à une décision judiciaire et comme telle, pour être exécutée dans un autre pays, devrait être soumise aux formalités prescrites à l'égard des sentences étrangères. Bien que le législateur ait assimilé une chose à l'autre, il ne faut cependant pas pour cela en confondre la nature et soutenir, par exemple, que la transaction conclue en France entre les parties, qui ont introduit une instance devant les tribunaux français, ne pourrait devenir exécutoire en Italie qu'après l'accomplissement des formalités prescrites pour l'exécution des sentences rendues en France.

Le sens véritable de cette assimilation consiste en ce que, de même que la sentence irrévocable termine définitivement le procès, de même quand les parties, se substituant au magistrat, mettent fin au litige qui les divise par une transaction, leur arrangement doit être réputé définitif et peut être assimilé à une sorte de jugement prononcé par ces parties elles-mêmes. C'est en ce sens, ainsi que cela résulte des travaux préparatoires du Code civil français, où cette règle a été formulée tout d'abord, qu'on a dit avec raison que, lorsque les parties s'étaient rendues justice, et en balançant et en réglant leurs intérêts, avaient conclu la transaction, elles ne pouvaient plus être admises de nouveau à soulever la difficulté qui avait été réglée, et que dès lors la transaction devait avoir la même valeur qu'une sentence difinitive. C'est ce qui explique et justifie l'assimilation. Toutefois, comme l'acte ne peut cependant pas perdre sa propre nature, la

transaction conclue à l'étranger conserve son caractère de contrat, qui comme tel doit être soumis aux dispositions relatives aux contrats passés à l'étranger, et non à celles relatives aux sentences prononcées en pays étranger. Il faut donc comprendre l'assimilation, en ce sens qu'on considérera comme applicables à la transaction les règles concernant la chose jugée et l'exception de la chose jugée. *Res transacta pro veritate habetur.* Par conséquent, lorsque la transaction devrait être exécutée en pays étranger, on devrait, en cas d'exécution forcée, observer les règles édictées par la loi territoriale à l'égard de la force exécutoire des contrats conclus à l'étranger.

1164. — Finalement, en ce qui concerne les causes de nullité et la rescision de la transaction, il faut observer la loi à laquelle en raison de sa nature doit être soumis l'objet ou la matière qu'elle concerne, et non pas celle du lieu où la transaction a été conclue. Nous disons cela, en vertu des principes que nous avons exposés plus haut, et en outre parce que la transaction ne transmet et n'attribue pas les droits, mais les déclare ou les reconnaît. Elle ne peut donc pas être, quant à sa valeur intrinsèque, soumise à la loi du lieu où elle est réalisée, mais à celle qui doit régir les droits qui en font l'objet. On devra dès lors décider suivant cette loi, comment et quand l'erreur peut être une cause de nullité, quand la transaction peut être attaquée, quand elle peut être résolue et quelles sont les conséquences qui peuvent alors en résulter.

CHAPITRE VII

DU PRÊT.

1165. — Le contrat de prêt peut avoir pour objet, soit la remise d'une chose donnée par l'une des parties à l'autre, pour qu'elle s'en serve pour un temps ou pour un usage déterminés, avec l'obligation de rendre cette chose reçue en nature; soit la remise d'une quantité donnée de choses, avec l'obligation de restituer à l'époque fixée la même quantité de choses de la même qualité. La première sorte de prêt est dénommée prêt à usage ou *commodat*, la seconde constitue le prêt de consommation ou *mutuum*.

En ce qui concerne la loi qui doit régir les droits et les obligations, qui peuvent résulter de chacune de ces deux sortes de prêt, ainsi que les éléments substantiels nécessaires pour la formation de ces contrats, il faut se reporter aux principes généraux, que nous avons exposés pour déterminer la loi applicable aux rapports contractuels qui peuvent se trouver sous l'empire de lois différentes.[1] Il n'est pas nécessaire que nous les rappelions ici, pour en faire l'application au contrat de prêt. Nous nous bornerons donc à examiner les questions spéciales, qui peuvent naître à l'occasion de chacune des deux sortes de prêt.

1166. — En ce qui concerne le prêt à usage, quand il a été conclu dans un pays avec la faculté de se servir de la chose dans un autre pays, et avec l'obligation d'en opérer la restitution dans ce dernier Etat, il est à noter que l'usage spécial et exceptionnel, auquel les choses peuvent servir, peut être déterminé à la volonté des parties, desquelles on doit à cet égard admettre la complète autonomie.

Dès lors, quel que soit le pays où le contrat a été conclu, il faut décider d'après l'intention des parties, si elles ont entendu stipuler un prêt à usage ou toute autre sorte de convention.

En effet, bien que ce contrat spécial s'applique aux choses, comme cependant la convention, que la remise de la chose aura lieu à seule fin que celui auquel elle est livrée s'en serve pour un temps ou un usage déterminé, ou autrement, dépend de la volonté des parties, par là même l'objet de ce contrat ne peut pas dépendre de la condition juridique de la chose suivant la loi du lieu de la situation, mais de l'intention des contractants. Toutes les fois qu'il pourra résulter de leur intention, que l'objet de la convention a été l'*usage spécial ou exceptionnel* de la chose qu'une des parties à remise à l'autre, on devra considérer cet accord comme constituant un prêt à usage, sans se préoccuper des dispositions de la loi à l'égard

[1] Voir *Partie générale*, T. I.

de la condition juridique de la chose qui fait l'objet de ce prêt. Par conséquent, même à supposer qu'aux termes de la loi du lieu de la situation de la chose l'objet prêté soit consommable, s'il résulte de l'intention des parties que l'emprunteur n'a d'autre droit que celui d'en faire usage, la chose devra être considérée comme ne pouvant être consommée et le contrat constituera un prêt à usage.

1167. — Il résulte de là que la loi du lieu du contrat ne peut pas être appliquée pour résoudre les questions relatives à la nature du contrat. En effet cette nature devant dépendre entièrement de l'intention des parties, il faudrait, quel que soit du reste le pays où les parties ont contracté, se reporter aux principes de droit d'après lesquels cette intention doit être déterminée, pour décider si les contractants ont ou non voulu se lier par un prêt à usage.

La loi du lieu du contrat peut exercer une certaine influence à l'égard de la forme du contrat et des moyens de preuve; car ces matières doivent être régies par la règle *locus regit actum*.

Cette même loi peut aussi exercer son autorité, lorsque les parties n'ont pas bien nettement déterminé l'étendue de l'obligation de la personne en faveur de qui le prêt à usage a été consenti à l'égard de la conservation de la chose prêtée, et n'ont pas précisé les dommages et intérêts qui seraient éventuellement dûs. Dans ces cas et dans tous autres relatifs à l'étendue des obligations réciproques du prêteur et de l'emprunteur, on devra appliquer les principes généraux, en tenant compte des usages locaux du pays où le contrat a été passé.

La loi du lieu où la chose doit être rendue peut aussi être appliquée, quand il s'agit de fixer les modalités de la remise de la chose et les modes de preuve de cette remise et de déterminer les conséquences qui pourraient résulter de la mise en

[1] Toute chose de consommation peut former l'objet d'un prêt à usage, quand elle est donnée uniquement pour s'en servir en l'exposant *ad pompam et ostentationem*.

demeure en cas de retard à remettre l'objet prêté après l'expiration du temps convenu pour la durée du prêt à usage.

1168. — En ce qui concerne le prêt de consommation, les difficultés les plus importantes ont trait aux intérêts. On peut en effet se demander si un contrat de prêt conclu dans un pays où la loi ne limite pas les intérêts peut être valable et servir de base à une action judiciaire pour contraindre l'emprunteur à payer les intérêts stipulés dans un autre pays où, d'après la loi en vigueur, toute stipulation d'intérêts excédant le taux légal est nulle. Il peut surgir une autre difficulté à propos du taux légal des intérêts, lorsque le contrat a été conclu sous l'empire d'une loi qui détermine ce taux d'une certaine façon et doit être exécuté dans un pays où le législateur a fixé le taux de l'intérêt légal plus haut ou plus bas.

Une autre question peut naître, lorsqu'il s'agit de décider si les intérêts peuvent être dus en vertu de la loi; alors en effet on peut se demander d'après quelle loi on devra dire si les intérêts sont ou non exigibles.

Une dernière difficulté est celle relative à la fixation des intérêts moratoires, lorsqu'il y a lieu d'en déterminer la quotité d'après la loi.

1169. — Etant donné le principe consacré dans toutes les législations, que les contrats légalement faits ont la force de loi pour ceux qui les ont passés, on doit admettre l'autonomie des parties contractantes pour établir dans les limites de leur capacité les conditions de leurs rapports contractuels, pourvu que leurs conventions ne portent pas atteinte aux lois qui intéressent l'ordre public et les bonnes mœurs. De là il résulte qu'en principe la stipulation des intérêts à un taux donné quelconque, dans le prêt de consommation d'argent, de denrées ou d'autres choses mobilières, une fois passée, doit être réputée valablement faite en vertu de l'autonomie des parties contractantes, et que l'unique exception à ce principe

doit être admise, lorsque la loi limite expressément la liberté des parties au sujet du taux de l'intérêt conventionnel, en déclarant contraire aux principes d'ordre public l'intérêt conventionnel excédant le taux de l'intérêt légal.

Ce n'est pas ici le lieu d'examiner si la loi qui limite la liberté de l'intérêt peut se justifier d'après les principes de l'économie politique et du droit social moderne. Le fait est qu'il y a des lois qui, inspirées par certaines théories dérivant du dogmatisme religieux, disposent que le prêt d'argent à intérêts fixés au delà d'une certaine quotité est illicite, déclarent nulle toute stipulation d'intérêts excédant cette quotité, et qualifient en outre délit l'habitude de prêter à intérêts au delà du taux légal.

Ceci donné, il en résulte naturellement la question de savoir si le prêt à intérêts stipulé dans un pays où la loi n'établit aucune limitation à cet égard peut être considéré comme valable par rapport à la loi d'un autre Etat, qui déclar illicite et contraire à l'ordre public l'intérêt stipulé au delà du taux fixé par elle.

1170. — Certains auteurs ont soutenu que les magistrats d'un pays, où la loi qualifie l'usure comme un délit, ne peuvent pas admettre la validité d'un contrat, même conclu à l'étranger, par lequel les parties stipulent une convention contraire à cette loi.

Savigny était un des partisans de cette doctrine. Il a en effet prétendu que le prêt à intérêt, bien que conclu par des étrangers, ne peut produire aucun effet dans un pays, lorsque l'intérêt stipulé excède l'intérêt légal établi dans ce pays. En effet, posant en principe que la loi qui limite les intérêts est d'ordre public, il en conclut que, bien que la convention soit valable d'après la loi du pays où elle a été stipulée, le magistrat ne pourrait pas l'admettre, parce qu'autrement il violerait la loi territoriale, d'après laquelle cette convention doit être considérée comme illicite.

Cet auteur va même plus loin: il soutient que la loi relative

au taux de l'intérêt doit être considérée comme ayant l'autorité de loi territoriale et de statut d'ordre public, aussi bien quand elle le limite que lorsqu'elle en consacre la liberté complète. Il en conclut qu'elle doit être réputée obligatoire pour le juge, et que par conséquent, même lorsque le contrat a été conclu dans un pays dont la loi déclare l'intérêt stipulé illicite et la convention nulle, le magistrat devrait néanmoins assurer l'exécution du contrat, s'il pouvait être considéré comme licite d'après la *lex fori*. Il prévoit l'objection faite à sa théorie, qu'on arriverait ainsi à admettre que la convention nulle à l'origine pourrait être consacrée judiciairement. Il y répond, en disant que la convention ne pourrait pas être considérée comme nulle, parce qu'on ne saurait présumer que les parties se fussent soumises à la loi qui déclarait illicite ce taux de l'intérêt. Il ajoute, qu'on doit exclure l'autorité de la loi du lieu du contrat et observer à l'égard de la validité de la stipulation celle en vigueur au lieu où on en poursuit l'exécution, et que par conséquent il ne s'agit nullement d'attribuer une valeur juridique à un contrat originairement nul et inexistant. En réalité l'opinion de Savigny se résume dans l'obligation pour le juge de considérer la *lex fori* comme obligatoire et d'admettre comme licite, ou de rejeter comme illicite le prêt avec intérêts stipulés à un taux donné suivant les dispositions de cette loi[1].

Demangeat combat l'opinion de Fœlix, qui soutenait que tout devait dépendre de la loi du lieu du contrat. Il enseigne au contraire que le magistrat, devant lequel on réclame les intérêts, quand ils excèdent le taux fixé par la loi de son propre pays, doit rejeter la demande, nonobstant que le contrat ait été conclu sous l'empire d'une loi admettant la complète liberté des parties à l'égard de la fixation des intérêts. « En effet, dit-il, les juges doivent toujours refuser leur « protection aux conventions que la loi dont ils dépendent

[1] Savigny, *Traité de droit romain*, T. VIII.

« réprouve comme immorales et contraires à l'intérêt « public[1] ».

1171. — Nous continuons à soutenir l'opinion que nous avons déjà admise,[2] qu'il n'y a pas lieu en cette matière de déroger aux principes généraux, d'après lesquels la validité intrinsèque de l'obligation contractuelle doit dépendre de la loi qui doit régir l'obligation suivant sa nature, et qu'on ne peut pas considérer l'ordre public d'un pays comme atteint, quand le juge reconnait la valeur d'une convention licite d'après la loi, sous l'empire de laquelle on doit considérer cette convention comme conclue.

Indubitablement la loi qui interdit la stipulation des intérêts au delà d'une certaine mesure doit être considérée comme d'ordre public à l'intérieur de l'Etat. Par conséquent on doit regarder comme de nul effet la stipulation d'intérêts au delà du taux légal à l'égard d'un prêt qui doit être soumis aux dispositions de cette loi. En effet les particuliers ne peuvent pas, par leurs stipulations, déroger aux principes consacrés par le législateur pour des raisons d'ordre public. De plus l'obligation contractée par le débiteur de payer des intérêts excédant le taux légal doit être considérée comme une obligation sans cause ou basée sur une cause illicite, et en vertu des principes généraux suivant lesquels l'obligation sans cause ou fondée sur une cause illicite ne peut avoir aucune valeur juridique, on doit décider que la stipulation d'intérêts au delà du taux fixé par la loi qui doit régir le prêt ne peut produire aucun effet, et ne recevoir aucune sanction judiciaire que dans les limites de cette loi.

Donc en admettant que le caractère licite ou illicite de la stipulation d'intérêts dépend de la loi qui doit régir le prêt, il faut avant tout déterminer cette loi.

[1] Demangeat, Note au n° 109 de Fœlix, p. 252, T. I.; Compar. dans le même sens, Duvergier, *Du prêt*, n° 313; Bertault, *Questions pratiques*, p. 37; Garnier, *De l'usure*, n° 73.

[2] Voir la 1re édition de cet ouvrage, § 232, Florence, 1869.

A cet égard, il est bon de noter que les intérêts et tout ce que le débiteur doit payer en augmentation du capital représentent l'avantage qu'il tire du capital et la privation de jouissance dont souffre le prêteur pendant tout le temps fixé avant la restitution. Il faut dire aussi que la valeur de l'argent dépend de circonstances multiples et variables suivant les temps et les pays. Les conditions du crédit, la rareté ou l'abondance des capitaux, l'offre et la demande du numéraire et d'autres faits contingents peuvent justifier dans un pays donné des dispositions légales concernant le taux de l'intérêt, qui pourraient être funestes dans un autre Etat. Ce sont ces circonstances variables, qui peuvent faire déclarer morale ou immorale la liberté limitée ou illimitée du taux de l'intérêt conventionnel. Aussi ne saurait-on soutenir, qu'il y ait en cette matière quelque chose d'absolu à l'égard de tous les pays du monde.

Etant donnés ces principes, il est facile de comprendre, qu'ayant constamment soutenu que l'obligation contractuelle, pour ce qui en concerne la nature et les effets, doit être en principe régie par la loi du lieu où le contrat est devenu parfait, nous enseignions que le taux de l'intérêt conventionnel doit dépendre entièrement de la loi du lieu où l'argent a été réellement prêté, et non de celle du pays où a été passée la convention, ou de celle de l'Etat où doit être opérée la restitution de la somme prêtée. Nous disons cela, parce que le contrat de prêt devient parfait au moment et au lieu où l'argent est réellement déboursé, et qu'en matière de contrats tout doit dépendre de la soumission des parties à la loi sous l'empire de laquelle le contrat doit être considéré comme conclu. En effet, comme le disait avec raison Hubert. « *Non ita precise, respiciendus est locus in quo contractus est initus, ut si partes alium in contrahendo locum respixerint, ille non potius sit considerandus* »[1].

Il nous semble dès lors évident que, pour déterminer la loi

[1] Huberus, *De conflictu legum*, L. I, § 10.

qu'on présume acceptée en ce qui concerne la validité de la stipulation relative au taux de l'intérêt, on doit admettre que cette stipulation doit, étant donnée sa nature, être régie par la loi du pays où l'argent a été réellement prêté, puisque c'est là que le contrat est devenu parfait. Ceci étant admis, il en résulte que c'est d'après cette loi qu'on doit décider si la stipulation des intérêts est ou non licite. On ne pourrait du reste pas admettre qu'il soit permis aux parties, en contractant dans un autre pays, de soustraire le prêt, au point de vue de son caractère moral ou immoral, à l'autorité de la loi en vigueur au lieu où l'argent a été réellement versé à l'emprunteur, parce que c'est cette loi essentiellement d'ordre public qui doit régir le contrat.

1172. — Nous considérons cette théorie comme la plus rationnelle et la mieux fondée sur la nature des choses et sur la doctrine des juristes. On doit en effet admettre en principe que la loi des rapports contractuels doit être celle à laquelle les parties, étant donnée la nature des circonstances et de l'opération juridique, ont entendu se référer. En effet, comme le dit Mævius : *Statutum enim actus seu contractus semper attenditur cui disponentes, vel contrahentes se obligare et conformare voluisse, censetur*[1]. Cette doctrine est en outre confirmée par l'autorité des jurisconsultes romains. Godefroy, en commentant la loi du Digeste sur les intérêts qui est ainsi conçue : *Cum judicio bonæ fidei discepatur arbitrio judicis usurarum modus ex more regionis, ubi contractum est constituitur*[2], s'exprime ainsi : *Hæc verba ubi contractum est sic intellige ubi actum est ut solveret.*

L'autorité de Voët est très explicite et décisive sur cette question. Il s'exprime ainsi : « *Si alio in loco graviorum usurarum stipulatio permissa, in alio vetita sit, lex loci in quo contractus celebratus est, spectanda videtur in quæstione an moderatæ, an vero modum excedentes usuræ per conventionem*

[1] Mævius, *Adjus Lubecense. quæst. prel.* IV, nos 11, 13, 14, p. 22.
[2] L. 1, *Dig.*, XXII, 1.

constitutæ sint. Dummodo meminerimus illum proprie locum contractus in jure non intelligi in quo negotium gestum est, sed in quo pecuniam ut solveret, se quis obligavit.[1] »

Cette opinion peut être soutenue en se basant sur l'idée que l'obligation de payer les intérêts a pour point de départ le versement de l'argent prêté, dont elle représente les fruits civils, et que comme telle cette obligation ne peut pas être régie par la loi du pays où l'acte a été rédigé, mais par celle de l'Etat où le fait s'est réalisé. *Quia quis*, comme le dit Dumoulin, *censetur potius contrahere in loco, in quo debet solvere, quam in loco, ubi fortuito transiens contraxit.*[2] Par conséquent, dans cet ordre d'idées, il faut admettre que si deux personnes voulant faire une convention relative aux intérêts d'un capital qui doit être versé et être remboursé en France, ont rédigé cette convention en Italie et ont cru pouvoir se référer à la loi italienne pour stipuler des intérêts conventionnels sans limitation, ils n'ont pu le faire valablement. En effet, le prêt en tant qu'opération juridique s'étant réalisé sous l'empire de la loi française, il ne pourrait être laissé à la faculté des parties de le soustraire à l'autorité de la loi en vigueur au lieu où il se serait réellement conclu. D'autre part on devrait admettre qu'une convention faite en France relativement à un crédit qui devrait être ouvert à l'étranger, ou à un prêt qui devrait être réalisé dans un autre Etat, ne pourrait pas être régie par les dispositions de la loi française relative au taux de l'intérêt, parce que l'opération juridique devenant parfaite à l'étranger, les effets ne pourraient pas en être soumis à l'autorité de cette loi.[3]

1173. — Etant donné que le prêt avec stipulation d'intérêts soit valable aux termes de la loi qui doit régir cette stipulation, peut-on considérer comme contraire à l'ordre

[1] Voet, *Ad Pand.*, lib. XX et II, tit. I, § 6.
[2] Dumoulin, *Comm. id. Cod.*, lib. I, tit. III, p. 554, édit. 1681.
[3] Compar. Cass. française 19 févr. 1890 (Pondavigne), *France judiciaire*, XIV, 1890, p. 293.

public de le considérer comme efficace dans un autre pays où il est déclaré illicite par la loi.

Il nous semble que lorsque, d'après les principes que nous avons exposés, on peut considérer comme valable la stipulation concernant le taux des intérêts, le magistrat doit sanctionner cette convention, même si l'intérêt stipulé est supérieur à celui permis d'après la *lex fori*. En effet nous ne pouvons voir aucune atteinte à l'ordre public territorial dans le fait par le magistrat de déclarer exécutoire une convention légalement faite d'après la loi qui doit la régir.

Le juge d'un pays, appelé seulement à déclarer et à reconnaître les droits acquis par les parties en vertu d'un contrat conclu entre elles, ne peut certes pas décider d'une façon absolue que ce contrat, passé dans un Etat étranger et valable d'après la loi de cet Etat, doit être réputé immoral pour l'unique motif que la loi de son pays le considère comme tel. Cela conduirait à admettre que le législateur d'un Etat donné pourrait prétendre, non seulement proclamer les principes qu'il croit conformes à l'ordre moral intérieur de son pays, mais encore s'attribuer le droit de déclarer immorale toute opération juridique accomplie en une partie quelconque du monde, si elle n'est pas conforme aux principes d'ordre moral tels qu'il les entend.

Est-ce que par hasard il pourrait aspirer au monopole de la morale et déclarer, au nom de celle-ci et de l'ordre public, immoral tout fait accompli en pays étranger, bien qu'il n'ait le droit et le pouvoir d'imposer l'observation de ses lois que sur son propre territoire ? Etant donné que le créancier a légalement acquis en vertu d'un contrat conclu à l'étranger le droit d'exiger de son débiteur l'accomplissement d'obligations librement consenties, pourra-t-on considérer comme contraire à l'ordre moral de déclarer et de sanctionner les droits consensuels valablement et légalement acquis sous l'empire d'une loi étrangère ? Nous constatons en cette matière le même état de choses que celui que nous avons eu

à étudier à propos du divorce,[1] au sujet duquel nous avons démontré qu'on ne peut pas déduire de ce qu'il est considéré par le législateur d'un pays comme contraire à l'ordre moral de la famille, qu'il doive être regardé comme tel dans tous les Etats, et qu'on doive par conséquent considérer comme contraire à l'ordre public la dissolution du mariage qui résulte du divorce, même lorsqu'il a été prononcé par le magistrat compétent et en vertu de la loi qui doit régir les rapports de famille.

1174. — Nous regrettons d'être en désaccord en cette matière avec l'éminent jurisconsulte Laurent qui, tout en admettant les mêmes principes que nous et en les appliquant au divorce, ne les croit pas applicables à la question du prêt à intérêts. Il prétend que, le législateur non seulement défendant de contracter des prêts usuraires, mais même réprimant le fait de stipuler des intérêts supérieurs au taux légal, on doit trouver dans ces dispositions législatives une raison décisive pour considérer comme contraire à l'ordre public la reconnaissance du prêt usuraire conclu sous l'empire d'une loi qui ne l'interdit pas.[2]

Sans vouloir contester que les lois pénales sont d'ordre public, nous ferons néanmoins observer que l'autorité absolue de ces lois sur le territoire où elles exercent leur empire doit être admise, en ce sens qu'il ne peut jamais être permis d'y accomplir impunément au nom d'une loi étrangère quelconque le fait que le législateur qualifie délictueux. Mais est-ce que par hasard on pourrait, en vertu du principe consacré par ce législateur, considérer comme délictueux le fait accompli hors du territoire qui lui est soumis et sous l'empire d'une loi étrangère qui n'édicte pas la même prohibition? Pour soutenir cela, il faudrait admettre l'autorité exterritoriale de toute loi pénale, ce qui serait contraire à tous les

[1] Voir *supra*, T. II. ch. II.
[2] Laurent, *Droit civil international*, T. VIII, § 203, p. 291.

principes reconnus par la science et que nous avons exposés dans d'autres ouvrages.[1]

Il est à considérer que, d'après les principes de Droit transitoire interne du même Etat, on ne peut qualifier délit et réprimer légalement un fait qui aux termes d'une loi nouvelle est considéré comme délictueux, mais qui n'était pas déclaré tel d'après la loi en vigueur au moment où il aurait été accompli[2]. Dans ces conditions, comment pourrait-on considérer comme délictueux un fait accompli légalement dans un pays étranger ?

1175. — Etant admis que le législateur d'un pays, tout en déclarant immoral l'intérêt conventionnel du capital emprunté sur son territoire, ne peut pas également déclarer tel l'intérêt stipulé dans les mêmes conditions de taux à l'égard d'un capital emprunté à l'étranger, comment peut-on soutenir que l'ordre public interne protégé par la loi puisse être atteint, si le magistrat déclare valable l'opération juridique accomplie sous l'empire d'une loi étrangère qui ne considère pas comme immorale la stipulation des intérêts convenus? En cette matière on ne peut certainement pas soutenir qu'il puisse y avoir rien d'absolument moral ou immoral. En effet, comme l'a dit fort à propos la cour de Bastia, « La « loi ne peut avoir que le caractère d'un réglement spécial, « dont les dispositions varient selon les lieux et les circons- « tances, et ne s'élève jamais à la hauteur d'un de ces principes « de morale absolue, devant lesquels toutes les nations civi- « lisées s'inclinent avec respect[3] ».

Un argument très sérieux en faveur de notre opinion

[1] Voir nos ouvrages : *Effetti internazionali delle sentenze penali e dell' estradizione*, et *Droit Pénal international* (Paris, Pedone-Lauriel.)

[2] Le législateur italien a consacré ce principe à l'article 2 du Code Pénal actuellement en vigueur du 1er janvier 1890, et a disposé de la façon suivante à l'article 211 : « Nul ne peut être puni pour un fait qui, d'après la « loi du temps où il fut commis, ne constituait pas un délit ».

[3] Bastia, 19 mars 1866, *Journ. du Palais*, 1866, p. 940.

résulte de ce que le législateur français dispose ainsi dans l'ordonnance des 7-18 décembre 1835 :

« Art. 1er. — Dans les possessions françaises du Nord de « l'Afrique, la convention sur le prêt à intérêt fait la loi des « parties.

« Art. 2. — L'intérêt légal, à défaut de convention, et « jusqu'à ce qu'il en soit autrement ordonné, sera de dix « pour cent, tant en matière civile qu'en matière commer- « ciale ».

Ce législateur a par là même reconnu formellement, qu'il n'y avait rien d'absolu pour lui-même à l'égard de la moralité et de l'immoralité de l'intérêt. Comme du reste les tribunaux français ne pourraient pas se refuser à déclarer valable une convention conclue dans les possessions françaises du nord de l'Afrique et qu'en en assurant l'exécution ils ne porteraient pas atteinte à l'ordre public interne, ils devraient de même déclarer valables les conventions passées sous l'empire d'une loi étrangère, à supposer que la stipulation relative aux intérêts doive être soumise à l'autorité de cette loi.

Nous négligeons d'invoquer d'autres arguments, qui pourraient être tirés des principes de Droit transitoire consacrés par le législateur français. Nous nous bornerons à dire que la loi de 1807, qui a défendu la stipulation des intérêts au delà d'un certain taux, a consacré la règle que les conventions relatives aux intérêts précédemment et valablement conclues d'après la loi ancienne devaient être exécutées. Ce législateur reconnaissait ainsi que la convention doit toujours être régie par la loi en vigueur à l'époque de sa conclusion et que dès lors on ne pouvait pas considérer comme contraire à l'ordre public la reconnaissance de la valeur juridique de la stipulation valable d'après la loi antérieure, bien que la loi nouvelle ait formulé des principes différents.

La jurisprudence consacre largement notre doctrine. La Cour de Cassation française a en effet jugé en ce sens dans son arrêt du 31 décembre 1874, dans l'affaire Colomb, contre Bonniard. La loi de 1807, disait-elle dans ses motifs, ne régit

les contrats de prêt d'argent qu'autant que le prêt a été contracté en France. Peu importe que la convention fixant les conditions du prêt ait été passée en France, si le prêt n'était réalisable et n'a été réalisé qu'à l'étranger, il doit, quant au taux de l'intérêt, être régi par la loi étrangère.[1]

1176. — Notre doctrine devrait également être appliquée dans le cas où le prêt à intérêts aurait été garanti par une hypothèque constituée sur un immeuble situé dans un pays dont la loi interdit un intérêt aussi élevé que celui stipulé. Le tiers détenteur du fonds hypothéqué ne pourrait pas alors invoquer l'application de la loi territoriale, pour faire limiter l'action hypothéquaire aux intérêts permis par cette loi. C'est là la juste conséquence du principe, en vertu duquel en tant qu'accessoire de l'obligation principale l'hypothèque doit en suivre le sort, et que dès lors tout ce qui la concerne à l'égard du paiement de l'obligation qu'elle garantit doit être régi par la loi à laquelle est soumise l'obligation principale.

Cette théorie est conforme aux décisions des juristes et de la jurisprudence. Voët, après avoir énoncé son opinion, que nous avons rapportée plus haut, que tout doit dépendre de la loi contractuelle, ajoute: *Etiamsi de cœtero hypotheca, in sortis et usurarum securitatem obligata, in alio loco sita sit, ubi solæ leviores usuræ permissæ: cum equius sit contractum accessorium regi ex loco principalis negotii gesti, quam ex opposito contractum principalem regi lege loci, in quo accessorius contractus celebratus est*[2].

Burgundius rappelle une affaire jugée par la Curie de Flandre

[1] Cass. 21 décembre 1874, *Journ. du Palais*, 1875, p. 162. — Voir aussi Chambéry, 12 février 1869, *Id.*, 70, 91 ; Cass. française 10 juin 1857, *Sirey* 59, 1, 751 ; et Bordeaux 22 août 1865, *Journ. du Palais*, 66, 830 et *note* sous cet arrêt, — Compar. Aubry et Rau, t. IV, p. 606; Paul Pont, *Du prêt*, n° 270 ; Troplong, *Du prêt*, n° 359; Massé, *Droit commercial*, 2e édit., T. I, p. 614, n° 614 ; Bar, *Das internationale Privatrecht*, p. 258; Brocher, *Droit international privé*, T. III, § 217; Vincent, *Dictionnaire de Droit international privé*, T. I, V° *Taux de l'intérêt.*

[2] Voët, *Ad Pand.*, lib. XXII, tit. I, § 6.

après avoir été plaidée par lui. Il s'agissait d'un prêt consenti en France à 12 0/0 et garanti par une hypothèque sur un immeuble situé en Flandre, laquelle hypothèque fut reconnue valable. *Nec obesse,* dit-il, *quod in Flandria ubi redditus duodenarius in Gallia stipulatus sive hypothecæ impositus proponeretur, usuræ semisse graviores stipulari non liceat. Quia ratio hypothecæ non habetur, quæ hac in re nihil conferens ad substantiam obligationis, tantum extrinsecus accedit legitimæ stipulationi*[1].

La Cour de Cassation française a aussi admis ce principe dans son arrêt du 14 messidor an XIII, en décidant que la loi du lieu où se trouve le fonds hypothéqué ne peut exercer aucune influence sur la détermination de la force juridique de la stipulation relative aux intérêts[2].

1177. — Les principes que nous venons d'exposer doivent servir à résoudre la question de la fixation de l'intérêt légal, quand il n'a pas été fixé par les parties. Etant donnée la doctrine que tout ce qui concerne les intérêts doit être régi par la loi du lieu où l'argent a été prêté, il en résulte que c'est d'après cette loi qu'on doit fixer le taux de l'intérêt, quand l'intérêt est dû d'après le contrat, sans que le taux en ait été déterminé. Par conséquent il ne faut pas appliquer la loi du pays où l'acte de prêt a été passé, mais celle du lieu où l'argent a été remis à l'emprunteur. Quand en effet les circonstances ne peuvent pas faire admettre une règle différente, il est raisonnable de décider que les parties s'en sont référées pour le taux de l'intérêt à la loi et aux usages du pays où le prêt a été réellement fait, *ubi actum est ut solveret.* Nous trouvons la base de cette opinion dans l'argument formulé par Dumoulin: *Quia quis censetur potius contrahere in loco quo debet solvere, quiam in loco ubi fortuito contraxit.*[3]

Donc à supposer que le contrat de prêt ait été passé en

[1] Burgundius, *Tract.* 4, n° 10, p. 109.
[2] Cass., 14 messidor an XIII, *Journ. du Palais*, T. IV, p. 636.
[3] Dumoulin, loc. cit.

Italie et qu'une personne se soit engagée à prêter à une autre une somme donnée d'argent sur la place d'Alger, et que l'emprunteur se soit obligé à rendre cette somme au terme convenu et à en payer les intérêts, le taux légal de ces intérêts devrait être déterminé d'après la législation en vigueur en Algérie, à moins que le contraire ne pût résulter des circonstances. Si, au contraire le contrat avait été passé en Algérie et s'il s'agissait d'une somme prêtée en Angleterre avec l'engagement d'en payer les intérêts, le taux devrait être fixé, non d'après la législation en vigueur en Algérie, mais d'après la loi anglaise.

La jurisprudence a consacré cette opinion. La Cour de Cassation française a en effet décidé que l'ouverture de crédit, consentie à l'étranger à une maison de commerce qui y est établie et porté par elle à son actif pour être employé à des opérations à effectuer dans divers pays où cette maison exerce son entreprise, devait être déterminée relativement au taux de l'intérêt d'après la loi du pays où on devait admettre qu'on avait mis à sa disposition l'argent, dont elle pourrait faire usage comme elle le jugerait utile.[1]

1178. — En ce qui concerne les intérêts dus, non en vertu du contrat de prêt, mais en raison d'un délai accordé par convention pour le paiement d'une somme donnée, il faudra observer la loi qui doit régir l'obligation principale, non seulement pour dire si les intérêts sont dus, mais pour en déterminer le taux. C'est ainsi notamment qu'on doit décider dans l'hypothèse d'une constitution de dot avec délai pour le paiement. A supposer que, conformément aux principes indiqués précédemment, la constitution de dot dût être régie par la loi italienne, le mari à qui elle devra être payée pourra fonder sur la disposition de l'article 1397 du Code civil italien son droit, non seulement d'exiger les intérêts

[1] Cass. française, 19 février 1890, *France judiciaire*, 1890, p. 203.

jusqu'au jour du paiement effectif, mais encore de réclamer le taux de 5°/° consacré par la loi italienne.

On devra en outre admettre que, lorsque deux personnes résidant en deux places distinctes font des affaires pour le compte l'une de l'autre et ont convenu de se payer des intérêts sur les sommes respectivement avancées sans en déterminer le taux, ce taux devra être fixé à l'égard de chaque opération d'après la loi du lieu où cette opération aura été accomplie. Par conséquent, si l'une habite en Italie et l'autre en Amérique, l'intérêt des avances faites en Italie sera fixé au taux légal de ce pays, et celui des avances faites en Amérique au taux résultant des lois ou coutumes en vigueur en Amérique. La raison de cette décision est toujours celle déjà invoquée, qu'on doit présumer que les contractants s'en sont référés à la loi du lieu où l'argent devait être avancé par l'un pour le compte de l'autre, bien que la convention relative à cette opération juridique ait été conclue dans un autre pays ou que le réglement du compte ait été arrêté dans un pays distinct de celui où les avances ont été réellement faites.

1179. — Maintenant nous allons nous occuper des intérêts qni peuvent être dus à la suite du défaut de paiement à l'échéance du terme convenu. Etant donné que dans le contrat il n'ait rien été stipulé concernant les intérêts dus en raison de la demeure et qu'on doive se reporter à la loi pour en déterminer la quotité, et que le taux légal soit différent d'après la loi du lieu où l'argent a été prêté et d'après celle du pays où le débiteur a été mis en demeure, la question se pose naturellement de savoir, d'après laquelle de ces deux lois on doit déterminer la mesure des intérêts moratoires.

Il faut avant tout noter que les intérêts moratoires représentent la réparation du dommage causé par l'inexécution de l'obligation, et qu'ils doivent correspondre à la perte subie par le créancier telle qu'elle est déterminée par le législateur. L'article 1231 du Code civil italien, qui est conforme à

l'article 1153 du Code civil français dispose de la façon suivante :

« En l'absence de pacte spécial dans les obligations qui « ont pour objet une somme d'argent, les dommages résul- « tant du retard dans l'exécution consistent toujours dans « le paiement des intérêts légaux, sauf les règles particulières « au commerce, à la fidéjussion et à la société. Ces dommages « sont dus du jour de la demeure sans que le créancier soit « tenu de justifier d'aucune perte ».

Toute la difficulté à l'égard des intérêts moratoires consiste donc à déterminer la loi, d'après laquelle on doit en fixer l'importance. Les auteurs et la jurisprudence sont divisés sur cette question.

Boullenois dit à ce sujet que, si les droits, qui naissent au profit d'un contractant à l'occasion d'un contrat, naissent d'une cause nouvelle et purement accidentelle, *ex post facto,* en ce cas, il faut examiner en quel lieu cette nouvelle cause prend naissance et suivre la loi qui y est en vigueur, quand les parties n'ont pas disposé autrement. Il ajoute que, dès lors pour décider quels sont les intérêts qui peuvent courir contre le débiteur à la suite de la demeure, il faut suivre la loi du lieu où le paiement doit être fait, parce que c'est là que les intérêts prennent naissance[1].

Story, en exposant la doctrine des anciens juristes et celle de Boullenois dit que, lorsqu'on ne peut pas déduire du contrat lui-même la règle concernant les intérêts, il faut déterminer ceux dus à raison de la demeure d'après les mêmes principes que les intérêts dus en vertu d'un prêt. Dès lors, suivant lui, le débiteur doit payer les intérêts moratoires d'après le taux fixé par la loi du contrat[2].

Ceux des auteurs contemporains qui ne font aucune distinction entre les conséquences juridiques médiates ou immédiates, accidentelles ou occasionnelles de l'obligation

[1] *Boullenois, Observati.* 46, p. 477-478.
[2] *Conflict of Laws,* § 296.

jusqu'au jour du paiement effectif, mais encore de réclamer le taux de 5°/° consacré par la loi italienne.

On devra en outre admettre que, lorsque deux personnes résidant en deux places distinctes font des affaires pour le compte l'une de l'autre et ont convenu de se payer des intérêts sur les sommes respectivement avancées sans en déterminer le taux, ce taux devra être fixé à l'égard de chaque opération d'après la loi du lieu où cette opération aura été accomplie. Par conséquent, si l'une habite en Italie et l'autre en Amérique, l'intérêt des avances faites en Italie sera fixé au taux légal de ce pays, et celui des avances faites en Amérique au taux résultant des lois ou coutumes en vigueur en Amérique. La raison de cette décision est toujours celle déjà invoquée, qu'on doit présumer que les contractants s'en sont référés à la loi du lieu où l'argent devait être avancé par l'un pour le compte de l'autre, bien que la convention relative à cette opération juridique ait été conclue dans un autre pays ou que le réglement du compte ait été arrêté dans un pays distinct de celui où les avances ont été réellement faites.

1179. — Maintenant nous allons nous occuper des intérêts qni peuvent être dus à la suite du défaut de paiement à l'échéance du terme convenu. Etant donné que dans le contrat il n'ait rien été stipulé concernant les intérêts dus en raison de la demeure et qu'on doive se reporter à la loi pour en déterminer la quotité, et que le taux légal soit différent d'après la loi du lieu où l'argent a été prêté et d'après celle du pays où le débiteur a été mis en demeure, la question se pose naturellement de savoir, d'après laquelle de ces deux lois on doit déterminer la mesure des intérêts moratoires.

Il faut avant tout noter que les intérêts moratoires représentent la réparation du dommage causé par l'inexécution de l'obligation, et qu'ils doivent correspondre à la perte subie par le créancier telle qu'elle est déterminée par le législateur. L'article 1231 du Code civil italien, qui est conforme à

l'article 1153 du Code civil français dispose de la façon suivante :

« En l'absence de pacte spécial dans les obligations qui « ont pour objet une somme d'argent, les dommages résul- « tant du retard dans l'exécution consistent toujours dans « le paiement des intérêts légaux, sauf les règles particulières « au commerce, à la fidéjussion et à la société. Ces dommages « sont dus du jour de la demeure sans que le créancier soit « tenu de justifier d'aucune perte ».

Toute la difficulté à l'égard des intérêts moratoires consiste donc à déterminer la loi, d'après laquelle on doit en fixer l'importance. Les auteurs et la jurisprudence sont divisés sur cette question.

Boullenois dit à ce sujet que, si les droits, qui naissent au profit d'un contractant à l'occasion d'un contrat, naissent d'une cause nouvelle et purement accidentelle, *ex post facto*, en ce cas. il faut examiner en quel lieu cette nouvelle cause prend naissance et suivre la loi qui y est en vigueur, quand les parties n'ont pas disposé autrement. Il ajoute que, dès lors pour décider quels sont les intérêts qui peuvent courir contre le débiteur à la suite de la demeure, il faut suivre la loi du lieu où le paiement doit être fait, parce que c'est là que les intérêts prennent naissance[1].

Story, en exposant la doctrine des anciens juristes et celle de Boullenois dit que, lorsqu'on ne peut pas déduire du contrat lui-même la règle concernant les intérêts, il faut déterminer ceux dus à raison de la demeure d'après les mêmes principes que les intérêts dus en vertu d'un prêt. Dès lors, suivant lui, le débiteur doit payer les intérêts moratoires d'après le taux fixé par la loi du contrat[2].

Ceux des auteurs contemporains qui ne font aucune distinction entre les conséquences juridiques médiates ou immédiates, accidentelles ou occasionnelles de l'obligation

[1] *Boullenois, Observati.* 46, p. 477-478.
[2] *Conflict of Laws*, § 296.

conventionnelle au point de vue de la loi applicable, et qui soutiennent que tous les rapports contractuels doivent être régis par la loi à laquelle les parties ont entendu se reporter en contractant, pour le motif que tous ces rapports sont dans le domaine de l'autonomie des contractants, soutiennent que le taux des intérêts moratoires doit être le même que celui du prêt, à moins qu'il ne résulte des circonstances que les parties ont entendu observer la loi du lieu du paiement en ce qui concerne ces intérêts[1].

Toutefois Brocher fait observer que la stipulation relative aux intérêts conventionnels doit exercer une influence à l'égard de la détermination des intérêts moratoires : qu'il semble plus naturel que ces derniers puissent être supérieurs aux premiers mais jamais inférieurs : que la circonstance de la faute du débiteur ne pourrait pas lui créer une situation plus avantageuse, d'autant plus qu'il est inadmissible que le créancier n'ait pas entendu au moins conserver le bénéfice de la convention jusqu'au paiement effectif.

Asser et Rivier, rejetant en principe la distinction entre la loi qui doit régir les conséquences juridiques médiates et immédiates, les accessoires et les effets de l'obligation contractuelle, excluent naturellement toute différence au sujet de la loi qui doit régir les intérêts en général et ceux dus à raison de la demeure[2]. Bar, qui lui non plus n'admet pas la distinction, soutient cependant que pour ce qui concerne les intérêts moratoires tout doit dépendre de la loi du lieu du paiement[3].

1180. — En consultant la jurisprudence, nous constatons que la Cour de Cassation française, dans son arrêt du 10 juin 1857, rendu dans l'affaire Diab contre Lombardi, a admis à propos d'une convention conclue à Chypre, par laquelle on stipulait des intérêts au taux de 12 0/0 l'an

[1] Laurent, T. VIII, § 214.
[2] *Droit international privé*, § 37.
[3] Bar, *Das international Privatrecht*, p. 258.

permis par la loi de ce pays, que les tribunaux français pouvaient, non seulement considérer cette stipulation comme licite et en assurer l'exécution en condamnant le débiteur au paiement des intérêts échus et dus avant la demande judiciaire, mais qu'encore à l'égard des intérêts moratoires, ils devaient les fixer, non d'après la loi française, mais suivant le taux convenu entre les parties. « Si, dit la Cour, les tri-« bunaux français ne doivent pour les intérêts moratoires « accorder que l'intérêt fixé par la loi française, il n'en doit « pas être ainsi lorsque les intérêts ont couru par la force « de la convention et depuis sa création au taux fixé entre « les parties, et que dans ce cas ils doivent ainsi courir « jusqu'au paiement, et qu'il n'y a pas lieu de faire une « distinction qui serait une violation de la convention[1] ».

La Cour de Bordeaux au contraire, dans son arrêt du 22 août 1865, a admis que les intérêts moratoires ne devaient pas être ceux de 12 0/0 fixés par la convention régulièrement faite à l'étranger, mais les intérêts légaux admis par le législateur français[2].

1181. — Il nous semble que, même en admettant en principe que les rapports et les conséquences juridiques résultant des contrats doivent dépendre de la loi qui, d'après la volonté expresse ou présumée des parties, doit régir l'obligation, on ne peut pas soutenir d'une façon absolue, que le taux de l'intérêt moratoire doive toujours être fixé par application de la loi du lieu où les parties ont contracté ou de celle qui doit servir à déterminer le taux des intérêts en l'absence d'une stipulation expresse, ou enfin de la *lex fori*. Nous pensons qu'au contraire il faut déterminer la quotité de ces intérêts *secundum verosimiliter mentem contrahentium*[3].

[1] Cass., 10 juin 1857, *Journ. du Palais*, 1857, p. 934.

[2] Bordeaux, 22 août 1865, *Journ. du Palais*, 1866, p. 830. Dans le même sens ; Aix, 14 janvi., 1825, *Id.* 1825.

[3] Compar. Fœlix, *Dr. internat. privé*, T. I, p. 232 et les auteurs cités par lui ; Massé, *Droit commercial*, T. I, n°s 616 et suiv.; Pont, *Des Petits Contrats*, T. I, n° 271.

Nous ferons remarquer avant tout que l'instance judiciaire et la décision des magistrats ne produisent aucune novation de l'obligation conventionnelle et n'attribuent aucun droit nouveau. C'est toujours l'obligation primitive qui continue à exister avec sa valeur juridique originaire, et le juge ne fait rien autre chose que de déclarer les droits principaux et accessoires qui aux termes de cette obligation appartiennent au créancier, et que de les reconnaître et les rendre efficaces au moyen de la sanction judiciaire. Il résulte de là que la *lex fori* peut servir à déterminer les droits accessoires dérivant de la convention, lorsque celle-ci doit être soumise à l'autorité de la législation étrangère. Il ne saurait donc pas être question d'appliquer la *lex fori* pour déterminer le taux des intérêts moratoires, comme la Cour de Bordeaux l'a admis, parce que la circonstance du lieu où la demande judiciaire peut être formée ne peut avoir aucune influence sur la diminution ou l'accroissement des droits principaux et accessoires appartenant aux parties en vertu du contrat.

Il ne nous semble pas non plus que, pour déterminer les intérêts moratoires, on puisse toujours appliquer les règles que nous avons indiquées comme devant servir à fixer le taux de l'intérêt conventionnel. En effet, quand on ne peut pas induire des circonstances que les parties ont entendu stipuler l'obligation des intérêts au taux convenu jusqu'au jour du paiement effectif, on ne peut pas soutenir que toujours, lorsque le débiteur se trouve en demeure, on doive considérer la stipulation relative aux intérêts comme prorogée, même pour la fixation du taux des intérêts dus pour défaut de paiement dans le délai convenu.

Il nous semble plus raisonnable d'admettre que, puisque l'intérêt moratoire dû aux termes de la loi représente le dommage résultant pour le créancier du défaut de paiement à l'époque convenue, le taux légal de cet intérêt doive être fixé d'après la loi du lieu où le dommage s'est produit réellement, c'est-à-dire d'après celle du pays où le paiement devrait être effectué.

Cette décision est tout à fait en harmonie avec les principes, que nous avons exposés en ce qui concerne la loi applicable aux intérêts. Ayant considéré ces derniers comme les fruits civils de l'argent, et comme l'équivalent de la jouissance du débiteur et de la privation de jouissance du créancier, il nous semble plus raisonnable que les conséquences juridiques du défaut de paiement au jour convenu soient régies par la loi du lieu où devait avoir lieu le paiement. Lorsqu'en effet on ne peut pas induire des circonstances une règle différente, la présomption la plus juridique est de dire que les parties ont voulu soumettre le paiement et toutes les conséquences du paiement ou du défaut de paiement à la loi du lieu où on devait se libérer.

Burgundius, après avoir posé en principe que le taux de l'intérêt conventionnel devait dépendre, ainsi que nous l'avons dit plus haut, de la loi du contrat ajoute : « *Sed hoc intellige de usuris in stipulationem deductis, non autem de iis, quæ ex mora debentur, in quibus ad locum solutionis respicere oportet* »[1]. Dans un autre passage, cet auteur dit au sujet des rapports de la loi avec le paiement : « *Idem ergo de solutionibus dicendum, scilicet ut in omnibus, quæ ex ea sunt, aut inde oriuntur aut circa illam consistunt, aut aliquo modo affinia sunt, consuetudinis loci spectemus, ubi eumdem implere convenit* »[2]. Il ajoute : « *Itaque ex solutione sunt solemnia, valor rei debitæ, pretium monetæ, ex solutione oriuntur præstatio apochæ, similiaque; circa solutionem consistunt pondera, mensuræ bonitas, expensæ,* MORA, *damma, interesse,* USURA EX MORA DEBITA, *et ejusmodi* »[3]. Il se fonde surtout sur la doctrine et sur les arguments exposés par les juristes pour dire ce qui suit : « *Rationes mutuantur a jurisconsultis, qui unumquemque vult in eo loco contraxisse intelligi, in quo ut solveret se obligavit*[4]. »

Nous basant sur ces idées exactes, nous admettons que,

[1] Burgundius, *Tract.* 4, n° 10, p. 109.
[2] *Id.*, n° 25, p. 114.
[3] *Id.*, n° 27, p. 115.
[4] *Id.*, n° 29, p. 116.

puisque le retard du paiement ne peut se réaliser qu'au lieu où il doit être opéré, et que c'est là par conséquent que la demeure vient à se réaliser, les conséquences de celle-ci doivent être déterminées d'après la loi du lieu où on doit admettre qu'elle s'est produite. C'est là en effet que se réaliseront la perte et le dommage subis par le créancier, et il ne nous semble pas qu'on puisse raisonnablement appliquer une autre loi pour déterminer l'*id quod interest*. Everardus dit avec raison : « *Ubi certus locus solutioni faciendæ destinatus est, nunc non facta solutione in termino et loco præfixo, mora dicitur contrahi in loco destinatæ solutionis, non in loco celebrati contractus* »[1].

On doit dire, par application de ces principes, que lorsque eu égard aux circonstances du contrat, on peut établir que le paiement de la somme prêtée ou due devait être opéré en Italie, les intérêts dus en raison du retard à faire ce paiement devraient, en l'absence de stipulation spéciale, être fixés d'après la loi italienne. Dès lors le créancier pourrait prétendre au paiement des intérêts légaux à partir du jour de la demeure et sans être tenu de justifier d'aucune perte, conformément aux dispositions de l'article 1231 du Code civil italien, et les intérêts échus pourraient eux-mêmes produire d'autres intérêts aux termes de l'article 1232, nonobstant les dispositions contraires de la loi du lieu du contrat. La raison de cette décision est toujours celle formulée par Huber en ces termes: « *Verum tamen non ita præcise respiciendus est locus, in quo contractus est initus, ut si partes alium in contrahendo locum respixerint, ille non potius sit considerandus* ([2]).

Il faut aussi rappeler ce qu'a écrit Voët: « *Ne tamen hic oriatur confusio, locum contractus duplicem facio; alium ubi fit, de quo jam dictum : alium, in quem destinata solutio; illud locum verum, huc fictum appellat Salicetus. Uterque tamen recte, locus dicitur contractus, etiam secumdum leges civiles, licet postremus aliquid fictionis contineat*[3] ».

[1] Everardi, *Consilia*, 78, n° 10, p. 215.
[2] Huberus, *De conflictu legum*, lib. I, tit. III, § 10.
[3] Voët, *De stat.*, § 9, cap. 2, § 11, p. 270.

1182. — En appliquant les principes que nous avons exposés, il peut s'élever quelques difficultés relativement à la détermination du lieu où la mise en demeure doit être considérée comme réalisée. Quand dans le contrat on a fixé le lieu du paiement, il ne peut exister aucun doute, car le retard dans l'exécution ne peut se produire que là où cette exécution doit s'accomplir de par la volonté des parties. La question ne peut donc se poser que lorsque le lieu du paiement ne pourrait être déterminé ni à l'aide des clauses du contrat, ni à l'aide des circonstances. On devrait alors appliquer les principes généraux, d'après lesquels on détermine le lieu du paiement en l'absence de stipulation expresse, et dans tous les cas il faudrait se reporter à la règle générale, que le paiement doit être fait au domicile du débiteur quand les circonstances et la nature du fait juridique ne peuvent pas faire admettre une règle différente.

1183. — Il est clair, qu'étant donnée notre doctrine, le magistrat saisi de l'affaire n'est pas tenu d'appliquer les lois de son pays qui limitent le taux des intérêts, et cela pour les raisons qui font exclure l'application de la *lex fori* en matière d'intérêt conventionnel[1]. Il pourrait par conséquent condamner au paiement d'intérêts moratoires fixés à un taux supérieur à celui établi par sa propre législation, si dans le contrat de prêt passé sous l'empire d'une loi étrangère on avait stipulé que les intérêts au taux convenu devraient être payés jusqu'au remboursement effectif du capital. On devrait décider de même le cas où, en l'absence d'une stipulation expresse, les intérêts moratoires devraient, en vertu des principes indiqués précédemment, être évalués à un taux supérieur à celui établi par la *lex fori.* Nous dirons à ce sujet que les tribunaux français, en tranchant des questions de droit transitoire qui avaient beaucoup d'analogie avec celles que nous étudions, ont admis que les intérêts à 10 0/0 stipulés

[1] Voir *supra*, § 1173 et suiv.

dans un contrat antérieur à la loi du 3 septembre 1807 étaient dus jusqu'à l'expiration du terme, mais que ceux dus pour défaut de paiement survenu depuis la promulgation de la nouvelle loi devaient être régis par cette loi, parce que la mise en demeure ne pouvait pas avoir pour effet de proroger de plein droit la stipulation primitive[1]. Au contraire la Cour de Poitiers a considéré comme valable la stipulation conclue sous l'empire de la loi antérieure, par laquelle il avait été convenu que l'intérêt de 10 0/0 devait être payé jusqu'au remboursement effectif du capital, et a décidé que les intérêts dus pour le retard du paiement devaient être portés au taux convenu nonobstant la promulgation de la nouvelle loi[2].

[1] Compar. Cass., 10 Décembre 1817 (Escope) et Cass. rej. 15 novembre 1836 (Colin).

[2] Poitiers, 8 février 1825 (Colet C. Guerouille).

CHAPITRE VIII

DU CONTRAT DE CONSTITUTION DE RENTE

1184. Des diverses formes du contrat de constitution de rente. — **1185.** A quel point de vue nous devons nous en occuper. — **1186.** De la rente foncière constituée par contrat. — **1187.** De la rente foncière constituée par testament. — **1188.** Autorité de la loi de la situation de la chose sur ce contrat. — **1189.** Principes relatifs à la forme du contrat et application de la règle *locus regit actum*. — **1190.** Autorité de la *lex rei sitæ* sur la nature du droit dérivant du contrat. — **1191.** De la loi qui doi régler le rachat de la rente foncière et les délais pour l'exercice du droit. — **1192.** Principes relatifs au rachat forcé. — **1193.** De la rente simple, de sa nature et de la loi qui doit la régir. — **1194.** Autorité de la *lex rei sitæ* sur ce contrat. — **1195.** Examen du cas où la rente constituée au moyen d'un contrat passé à l'étranger est garantie par une hypothèque sur un immeuble situé en Italie. — **1196.** Question du rachat de la rente simple. — **1197.** Du contrat de rente viagère : sa nature. — **1198.** Loi applicable à ce contrat. — **1199.** Importance au point de vue des obligations contractuelles de la loi du domicile de l'obligé. — **1200.** Application de la règle *locus regit actum*. — **1201.** Questions relatives aux effets du contrat. — **1202.** Loi qui doit régir la résolution du contrat et les garanties imposées au débiteur.

1184. — Le contrat de constitution de rente présente diverses formes, eu égard aux éléments requis pour le constituer et à son but.

D'après l'ancien droit, ce contrat se divisait en trois sortes. C'était en premier lieu ce qu'on appelait couramment le contrat de rente foncière, que les Français dénommaient *bail à rente* et qu'en Italie, aux termes du Droit antérieurement en vigueur, on qualifiait *censo reservativo*. Il consistait en une convention en vertu de laquelle une personne cédait à une

autre un immeuble rural, une maison ou un droit immobilier et s'obligeait à lui transmettre cette chose à titre de propriété, en se réservant toutefois un droit de rente annuelle consistant en une certaine somme d'argent ou en une certaine quantité de fruits en nature, rente que le créancier retenait comme l'équivalent de la cession, et que le débiteur s'engageait à payer tant qu'il posséderait l'immeuble rural, la maison ou le droit immobilier qui lui était cédé.

Ce contrat est jusqu'à un certain point analogue à la vente, à la cession ou au bail pour un temps indéterminé, ce qui fait que beaucoup de règles que nous avons exposées à l'occasion de ces contrats peuvent être appliquées à celui de rente foncière.

La seconde sorte de contrat de constitution de rente était celle qui avait lieu lorsqu'une personne donnait à une autre un capital en s'engageant à ne pas le réclamer, et que l'autre personne se reconnaissait débitrice d'une rente perpétuelle, avec faculté cependant de racheter cette rente à sa volonté moyennant la restitution du capital. Cette convention avait le caractère du prêt à intérêts, parce qu'en réalité elle consistait dans les intérêts stipulés sur le capital qu'une partie donnait à l'autre, et parce que le débiteur ne jouissait du capital constitué que, sauf l'obligation de payer la rente annuelle correspondant à sa jouissance.

La troisième sorte est le contrat de rente viagère, qui diffère de la seconde sorte, par suite de la circonstance que la rente doit être payée à celui qui donne le capital ou à un tiers, durant la vie de la personne en faveur de laquelle cette rente est constituée, ou durant la vie d'une ou plusieurs personnes qui ont droit à la rente.

Le Code civil italien, partant du principe que le droit de propriété attribue à chacun le pouvoir de jouir et de disposer des choses de la façon la plus absolue, pourvu qu'il n'en fasse point un usage contraire aux lois, admet que la vente peut avoir lieu à titre onéreux ou à titre gratuit et d'une façon quelconque, c'est-à-dire sous la forme de rente soit temporaire

soit perpétuelle, soit viagère : il a seulement réglé la forme et les effets de ce contrat dans l'intérêt des contractants et dans celui des tiers, en sauvegardant toutefois les intérêts sociaux et d'ordre public, qui ne doivent jamais être atteints par aucune sorte d'entraves imposées à la propriété immobilière, foncière ou urbaine.

1185. — Comme nous devons nous borner ici à examiner les questions qui en cette matière ont trait à la compétence législative, il est inutile de nous étendre plus longtemps sur le contrat de constitution de rente. Il s'agit en effet pour nous de déterminer quelle doit être la loi régulatrice des rapports résultant de ce contrat, tant à l'égard des parties contractantes qu'à l'égard des tiers.

1186. — Nous commencerons par nous occuper de la première sorte de contrat de rente, celle qui est dénommée communément rente foncière. Il est à noter tout d'abord que, quels que puissent être les différents modes de constitution de cette rente, c'est-à-dire qu'elle soit établie par acte entre vifs ou par acte de dernière volonté, il faudra toujours avoir égard à la nature de l'opération juridique, lorsqu'il s'agira de déterminer la loi qui doit régir le contrat au point de vue de ses effets tant entre les parties qu'à l'égard des tiers.

On peut faire deux hypothèses, soit celle que la loi du lieu de la situation de la chose ne contienne aucune disposition relative au contrat de rente foncière, soit celle que cette même loi lui consacre des règles spéciales.

Dans le premier cas, on ne pourrait incontestablement pas soutenir que le contrat dût être réputé sans valeur, pour le motif que le législateur du pays de la situation de l'immeuble ne reconnait pas cette sorte de convention. On doit en effet admettre que toute obligation contractuelle relative à toute matière licite de convention doit toujours avoir une valeur juridique. On doit en outre admettre que, d'après le droit des gens, le propriétaire peut disposer de sa chose de la façon

la plus absolue. Dès lors, de même qu'il peut l'aliéner et la céder pour un prix convenu, de même il peut la transférer en imposant à l'acquéreur l'obligation de payer une rente annuelle comme prix de cette chose. Il y aurait donc lieu en ce cas d'appliquer les règles générales concernant la valeur juridique de toute obligation contractuelle relative à un objet qui peut être la matière licite d'une convention. L'opération juridique aurait le caractère et la nature d'une vente, et on devrait appliquer les règles exposées plus haut au sujet de la vente d'un immeuble situé en pays étranger. Il s'agirait en effet d'un contrat en vertu duquel le propriétaire aliène l'immeuble au profit d'une autre personne, qui s'engage à constituer la rente foncière qui tient lieu du prix de l'immeuble. On doit donc admettre l'autorité de la loi de la situation de la chose, quand il s'agit de déterminer les conditions requises pour la validité du contrat et la transmission de la propriété entre les parties et à l'égard des tiers. Par conséquent si, aux termes de la loi du lieu de la situation de la chose, l'acte écrit sous signature privée ou authentique était déclaré indispensable pour le transfert et l'acquisition de la propriété, cette formalité devrait être réputée substantielle pour la constitution de la rente foncière.

Si en outre, aux termes de la loi de la situation, on exigeait la transcription du contrat, ou son inscription sur les livres fonciers ou toute autre formalité, en déclarant ces formalités substantielles pour la transmission valable de la propriété à l'égard des tiers, il faudrait observer les prescriptions de cette loi, pour que le contrat de constitution d'une rente foncière pût être opposé aux tiers.

1187. — Si la constitution de la rente foncière avait été faite au profit d'un tiers par le propriétaire de l'immeuble, qui aurait ainsi disposé par testament, il faudrait appliquer les règles concernant les actes de dernière volonté, tant à l'égard de la capacité du disposant, qu'à l'égard de la validité intrinsèque de la disposition elle-même, si on voulait

apprécier la valeur de cette disposition eu égard au droit de succession. Au contraire, on devrait résoudre par application de la loi de la situation de la chose toute difficulté relative aux droits réels, qui pourraient exister en faveur du bénéficiaire de la rente contre les héritiers du testateur, et toute question ayant trait aux formalités requises pour la validité du droit réel et aux mesures conservatoires, ainsi qu'aux conditions imposées pour exercer ce droit réel à l'encontre des tiers.

Au surplus ce n'est pas ici le lieu de traiter de la rente foncière constituée par acte de dernière volonté. Cette matière doit en effet être soumise aux règles applicables à la succession, et nous devons parler ici uniquement de la rente foncière constituée par contrat.

1188. — Nous allons examiner la seconde hypothèse. Si la loi de la situation de l'immeuble objet du contrat de constitution de rente avait fait mention de ce contrat et lui avait consacré des dispositions spéciales, ainsi que l'a fait notamment le législateur italien, évidemment les dispositions de cette loi relatives aux conditions requises pour la validité et celles relatives aux effets du contrat devraient être réputées obligatoires même à l'égard des étrangers, qui auraient conclu ce contrat dans un autre Etat.

En effet, toutes les fois que la constitution de rente a lieu à l'occasion de la cession ou de l'aliénation d'un immeuble, et que le créancier de la rente, sans se réserver aucun droit de propriété sur l'immeuble cédé, a entendu néanmoins que cet immeuble lui serve de garantie pour le paiement de la rente, et que cette garantie réelle est reconnue par la loi de la situation de la chose, il est clair que comme il s'agit d'un droit réel sur l'immeuble, on doit inévitablement observer les formalités requises par cette loi pour assurer l'efficacité de ce droit.

1189. — Si la forme du contrat est soumise à la règle

locus regit actum, néanmoins il y a lieu de limiter cette règle par application du principe, que les immeubles sont toujours régis par la loi du lieu où ils sont situés, non seulement en ce qui concerne les droits réels qui les grèvent, mais encore en ce qui concerne les formalités substantielles requises pour en rendre l'acquisition valable. On doit dès lors admettre que si, aux termes de la loi de la situation de la chose, il était prescrit, comme dans l'article 1314 nº 6 du Code civil italien, que toutes les rentes perpétuelles ou viagères ne pourraient, sous peine de nullité, être constituées que par acte public ou sous signature privée, cette forme du contrat devrait être réputée substantielle pour l'acquisition du droit.

On ne pourrait donc pas se fonder sur la règle *locus regit actum*, pour prétendre prouver la constitution de rente au moyen de l'aveu, du serment ou de tout autre mode de preuve, en l'absence d'un acte écrit. Peu importerait du reste qu'aux termes de la loi étrangère, sous l'empire de laquelle le contrat aurait été conclu, l'acte écrit ne fût pas exigé sous peine de nullité. Nous avons déjà dit plusieurs fois que le statut de la forme des actes a le caractère de statut réel, toutes les fois que le législateur prescrit sous peine de nullité une formalité donnée pour l'acquisition d'un droit réel.

1190. — Il faut en outre déterminer d'après la loi de la situation de la chose la nature du droit résultant du contrat même conclu à l'étranger. On doit donc décider d'après cette loi si ce droit doit être regardé comme mobilier ou comme réel. Ainsi, par exemple, aux termes du Code civil italien, les rentes perpétuelles et viagères sont au nombre des choses mobilières par destination de la loi (art. 418 C. Civ.). Il est vrai que ces droits peuvent être garantis par une hypothèque, et qu'en ce qui concerne la rente foncière le législateur italien admet l'hypothèque légale sur l'immeuble cédé en garantie du droit de créance en faveur du bénificiaire de la rente. Toutefois c'est là un point important, que le droit réel pour garantir le paiement de la rente foncière constituée en échange

de la cession d'un immeuble situé en Italie ne puisse frapper cet immeuble qu'en vertu d'une hypothèque ; car il est indispensable pour assurer ce droit, que l'hypothèque soit inscrite et utilement renouvelée conformément aux dispositions de la loi italienne.

Tout droit réel immobilier doit être soumis en tous points à la loi territoriale, quand il s'agit d'en apprécier la validité. Par conséquent un droit réel reposant sur un immeuble situé en Italie ne pourrait pas être valable en l'absence des conditions requises à cet effet par le législateur italien, même si ce droit avait pour principe un contrat passé à l'étranger et en vertu duquel on aurait cédé ou transféré l'immeuble. On ne pourrait donc pas admettre le créancier de la rente foncière à revendiquer un droit réel sur l'immeuble cédé en échange de la rente, s'il n'avait fait inscrire régulièrement d'après la loi territoriale l'hypothèque destinée à garantir son droit. Autrement il ne pourrait être considéré que comme un créancier chirographaire, c'est-à-dire qu'il se trouverait dans la situation d'une personne qui ne peut se prévaloir que d'un simple droit de créance en vertu d'un contrat conclu à l'étranger.[1]

Il va de soi que nous entendons parler de la constitution de rente foncière faite en vertu d'un contrat conclu à l'étranger depuis la mise en vigueur du Code civil italien. Si, au contraire il s'agissait d'un contrat passé sous l'empire des lois et coutu-

[1] D'après la législation en vigueur dans l'ancien royaume de Naples, avant la promulgation du Code civil italien, celui qui cédait un immeuble en se réservant le droit à l'encontre du cessionnaire au paiement d'une redevance annuelle, dénommée *censo*, conservait sur le fonds cédé un droit réel. Ce droit avait le caractère propre de *jus in re aliena*. En effet, le fonds était considéré comme transmis en pleine propriété au cessionnaire, de telle façon que le cédant ne conservait aucune parcelle du droit de propriété, qui était par lui intégralement transmis à l'autre partie. Le cédant avait autrefois un droit réel immobilier sur le fonds concédé sous réserve du *censo*. Par conséquent, pour obtenir le paiement de sa redevance, il avait une double action, une action personnelle contre le cessionnaire et une action réelle à l'encontre de l'immeuble, cette dernière pouvant s'exercer contre tout possesseur de cet immeuble. Nous citons cet exemple uniquement pour indiquer comment la nature du droit est variable suivant les divers systèmes de lois.

mes antérieures à ce code, il faudrait résoudre la question par application des principes que nous avons exposés, en se reportant à la loi de la situation de la chose au moment où la rente a été constituée. Il faudrait aussi appliquer les règles de droit transitoire, qui ont trait aux rentes perpétuelles constituées d'après les lois anciennes, pour résoudre les difficultés qui pourraient surgir à l'égard des rentes constituées antérieurement au 1er janvier 1867 par des contrats faits à l'étranger.

1191. — Dans l'hypothèse, qu'aux termes de la loi de la situation de la chose, la rente constituée puisse être rachetée par le débiteur, indubitablement cette disposition serait applicable même aux rentes constituées en vertu d'un contrat passé à l'étranger, et nonobstant que la loi étrangère, sous l'empire de laquelle ce contrat aurait été conclu, fût conçue en sens contraire. Il est en effet hors de doute que la loi, qui règle le rachat des droits qui sont des entraves à la propriété des choses a pour but de sauvegarder les intérêts généraux et le droit social. Aussi doit-elle exercer son autorité à l'égard de tout le monde et il n'est pas permis d'y déroger par application de la loi étrangère, sous l'empire de laquelle le contrat a été conclu. On peut seulement admettre que, lorsque les parties ont stipulé que le rachat ne peut pas être pratiqué avant un certain temps, ou lorsqu'aux termes de la loi étrangère la rente est un droit perpétuel, réel et immobilier, le contrat est valable seulement dans les limites fixées par la loi du lieu de la situation de la chose. Ainsi, par exemple, si, d'après cette loi, le terme maximum pour lequel on pourrait stipuler que la rente ne pourrait pas être rachetée était fixé à 10, 20 ou 30 ans, la convention ne pourrait avoir d'effet que pour cette période établie par la loi du lieu de la situation de l'immeuble.

Aux termes du Code civil italien, par exemple, il est disposé à l'article 1783, que la rente foncière, aussi bien que la rente simple constituée au moyen d'un capital, est essentiellement

rachetable à la volonté du débiteur nonobstant toute stipulation contraire. Notre législateur permet cependant aux parties de convenir que le rachat ne pourra pas avoir lieu durant la vie du cédant ou avant un certain délai, qui en matière de rente foncière ne peut pas excéder trente ans et en matière d'autres rentes, dix ans. Cette disposition doit incontestablement exercer son autorité même sur la rente constituée au moyen d'un acte passé à l'étranger. Vainement on objecterait, qu'ainsi que nous l'avons déjà dit, le législateur italien classe la rente parmi les choses mobilières par destination de la loi et vainement on invoquerait la règle consacrée par l'article 7 des Dispositions générales du Code civil italien, suivant laquelle les biens meubles sont soumis aux lois de la nation de leur propriétaire, pour dire que, si d'après la loi étrangère la rente était considérée comme un droit perpétuel et non rachetable, elle devrait être considérée comme telle. En effet on peut dire avec beaucoup plus de raison, en sens contraire, que la disposition de l'article 1783 ne concerne pas la rente en tant que chose mobilière, mais a trait aux choses et aux biens. Du reste la faculté de rachat des droits qui constituent des entraves à la propriété foncière italienne a trait à l'organisation de la propriété et des droits inhérents à la propriété, et on peut dès lors dire qu'à cet égard, conformément à la règle consacrée par l'article 12 des dispositions générales, il n'est pas permis d'invoquer les lois étrangères, ou les dispositions particulières, ou bien les conventions, pour déroger aux lois du Royaume qui concernent les biens.

1192. — Pour les mêmes raisons, le rachat forcé, auquel peut être contraint le débiteur qui, se trouvant en possession de l'immeuble, n'a pas payé la rente annuelle, doit être régi par les stipulations des parties, toutes les fois qu'il s'agit de juger du bien fondé de l'action appartenant au créancier qui veut contraindre le débiteur de la rente à ce rachat. Mais ce même rachat doit être soumis à l'autorité de la loi de la situa-

tion de la chose pour tout ce qui concerne les modalités d'exercice de l'action, la procédure, la mise en demeure du débiteur et la faculté pour le juge d'accorder un délai pour payer les arrérages échus. Il faudrait en d'autres termes s'en référer au contrat pour tout ce qui concerne la *decisio litis*, et à la *lex fori* pour ce qui a trait à *l'ordinatio litis*.

Si cependant, aux termes de la loi de la situation de la chose, le débiteur pouvait être contraint au rachat forcé par suite de circonstances spéciales prévues par le législateur en dehors de celles visées au contrat, il faudrait observer cette loi et admettre le rachat dans les cas prévus par elle. Le fait juridique accompli sous l'empire de cette loi justifierait l'application des dispositions édictées par le législateur pour régler les conséquences de ce fait juridique à l'égard des biens situés sur le territoire soumis à son autorité.

1193. — Disons un mot de la rente constituée au moyen du paiement d'un capital. Cette rente prend naissance toutes les fois qu'une personne donne à une autre un capital, en s'obligeant à n'en pas réclamer la restitution, et que l'autre s'engage à payer une rente annuelle avec la faculté de restituer le capital reçu et de se libérer ainsi de l'obligation de payer la rente. Ce contrat a réellement la nature du prêt, parce que la rente constituée en réalité ne fait que représenter l'intérêt du capital donné par le cédant. La différence entre ce contrat et le prêt consiste dans l'obligation contractée par le cédant de ne pas réclamer le capital. Pothier assimile ce contrat à la vente[1], parce qu'il admet qu'un des contractants vend à l'autre une rente annuelle pour un prix convenu entre eux, qui consiste en la somme d'argent que le vendeur recoit de l'acheteur de la rente. Inutile de discuter à cet égard. On a voulu assimiler cette opération à la vente plutôt qu'au prêt, pour exclure l'application des règles du prêt à intérêt limitant le taux des intérêts. Toutefois la constitution de rente

[1] Pothier, *Traité du contrat de constitution de rente*, article préliminaire et chapitre I.

n'est pas absolument un prêt, parce que l'obligation contractée par la personne qui donne le capital de ne pas pouvoir en exiger la restitution enlève à cette opération le caractère propre de ce contrat. Il y a encore entre ces deux conventions d'autres différences substantielles; ainsi, tandis que le prêt à intérêt est toujours conclu à titre onéreux, la constitution de rente peut être faite à titre gratuit et comme telle être soumise aux règles applicables aux actes faits à titre gratuit. Toutefois l'examen de cette question ne rentre pas dans le sujet de notre étude.

Comme la constitution de la rente simple résulte d'un contrat, dont dérivent uniquement des rapports personnels entre la personne qui cède le capital et celle qui s'oblige à payer la rente, on doit admettre que cette constitution doit être soumise à l'application des règles générales qui régissent les contrats, pour tous les effets concernant les obligations personnelles des parties contractantes et pour ce qui est de la valeur de leurs conventions.

1194. — Il faut dire du reste que d'après certaines lois la constitution de rente simple se trouve mise en relation avec l'immeuble destiné à assurer le paiement de la rente constitué. Il en est ainsi notamment aux termes du Code civil italien. En effet l'article 1782 dispose que, lorsqu'on veut constituer la rente simple ou cens au moyen d'un capital, la condition essentielle de cette convention est que le paiement en soit assuré par une hypothèque spéciale établie sur un immeuble déterminé. Le contrat de rente sans hypothèque spéciale transformerait dès lors l'opération juridique en un véritable prêt à intérêts avec le droit de réclamer le paiement du capital, bien que le contrat n'indique pas de terme pour ce paiement. Par conséquent dans le cas où ce contrat devrait être régi par la loi italienne, on appliquerait les dispositions des articles 1173 et 1176, qui donnent au juge la faculté d'accorder un délai convenable pour l'accomplissement de l'obligation, toutes les fois que cet accomplissement

a été laissé à la volonté du débiteur, dispositions qui s'appliquent également au prêt de consommation, aux termes des articles 1826 et 1827.

La diversité des dispositions législatives des différents Etats au sujet de la nécessité de l'hypothèque pour l'existence du contrat peut exercer une influence décisive en ce qui concerne la détermination de la nature de ce contrat toutes les fois que, d'après les règles générales applicables aux conventions conclues entre personnes appartenant à des pays différents, le contrat doit être régi par telle ou telle loi.

Etant donné en effet, que d'après les principes généraux, la nature et la substance des obligations doivent être régies par la loi du lieu du contrat, c'est-à-dire par celle en vigueur dans le pays où le contrat est devenu parfait, il en résulte que lorsque l'opération juridique doit être réglée d'après la loi italienne, toute question relative à la nature de la convention devant être résolue d'après cette loi, on ne peut pas la considérer comme un contrat de rente simple, plutôt que comme un prêt à intérêt sans terme pour la restitution du capital, si le paiement de la rente n'a pas été garanti par la constitution d'une hypothèque spéciale sur un immeuble déterminé. En effet cette garantie est la condition de la rente simple.

1195. — Si au contraire le contrat de constitution de rente était conclu à l'étranger et si l'hypothèque avait été consentie sur un immeuble sis en Italie, uniquement pour garantir l'accomplissement des obligations résultant du contrat, on devrait appliquer les règles relatives aux contrats passés à l'étranger et garantis par une hypothèque. En effet la constitution de cette garantie ne modifierait aucunement l'autorité de la loi applicable aux rapports contractuels, parce que l'hypothèque serait toujours un accessoire de la convention principale, qui ne pourrait avoir pour effet de modifier les règles générales, pour attribuer à la loi territoriale une autorité sur les rapports contractuels nés sous l'empire d'une loi étrangère. On doit toutefois admettre l'application du

principe général, que la loi territoriale doit régir l'exercice de tout droit réel sur les immeubles situés sur le territoire. Dès lors la loi de la situation de l'immeuble hypothéqué devrait être appliquée, non seulement pour résoudre toute question relative à l'hypothèque consentie sur cet immeuble pour assurer le paiement de la rente, mais pour décider le point de savoir comment cet immeuble pourrait être dégrevé de cette garantie réelle.

Nous disons cela, parce que nous sommes d'avis que toutes les dispositions qui ont trait au rachat des charges qui grèvent les immeubles pour un temps indéterminé ont une autorité absolue à l'égard de tout le monde. Elles ont en effet pour but d'établir le régime des biens existant sur le territoire et d'en assurer la libre transmission, de manière à assurer la protection des intérêts sociaux et à sauvegarder l'organisation de la propriété foncière. Il est donc hors de doute que ces lois doivent avoir à l'égard des immeubles l'autorité du statut réel, de façon à les régir d'une façon absolue.

En vertu de ce principe, on ne peut pas admettre, par suite de la simple circonstance que la rente est garantie par une hypothèque, que la loi du lieu de la situation de l'immeuble hypothéqué régisse le contrat et les effets des clauses de ce contrat. Toutefois cette loi peut, en tant qu'elle régit la condition de cet immeuble, exercer une influence sur le contrat lui-même, mais seulement dans les limites où la protection des intérêts sociaux motive l'autorité de la loi territoriale à l'égard d'une convention régie par une loi étrangère.

1196. — Par application de ces principes, nous dirons que la rente constituée ou la rente simple garantie par une hypothèque consentie sur un immeuble situé en Italie devra être régie par la disposition de l'article 1783 du Code civil relative au rachat à volonté par le débiteur, nonobstant toute stipulation contraire. Ce texte doit être appliqué, non pas parce que la loi italienne doit régir le contrat, mais parce que

s'appliquant aux immeubles situés en Italie, elle a autorité sur ces biens, en tant qu'elle prescrit de quelle manière les droits réels qui les grèvent peuvent être éteints ou rachetés.

1197. — Outre la rente foncière et la rente simple, on peut constituer la rente à temps, dite rente viagère. Elle peut être établie à titre onéreux, moyennant le paiement soit d'une somme d'argent ou la remise soit d'une chose mobilière, soit d'un immeuble, en limitant l'obligation de la payer au jour de la mort d'une ou de plusieurs personnes. Cette rente peut aussi être constituée à titre purement gratuit, au moyen d'une donation ou d'un testament. Dans ce dernier cas, elle est soumise à l'application des règles qui ont trait aux actes de libéralité et aux dispositions testamentaires. Aussi n'avons-nous pas à nous en occuper ici, devant nous borner actuellement à étudier la rente viagère constituée par contrat.

Ce contrat est au nombre des contrats aléatoires, parce que l'obligation de payer les annuités dépend de la mort de celui ou de ceux sur la tête desquels la rente repose.

1198. — Les questions relatives à la rente viagère dans ses rapports avec le Droit international privé consistent surtout dans la détermination de la loi, qui doit en régler la nature et les conditions de validité.

Etant donné le principe, que la capacité des parties pour conclure ce contrat doit être déterminée d'après les règles concernant la capacité des personnes pour s'obliger, il faut admettre que ce devra être la loi du lieu où la convention est devenue parfaite qui devra régir tout ce qui concerne la nature du contrat et les conditions requises pour sa validité.

Il faut à ce point de vue considérer que le contrat de constitution de rente viagère est un contrat unilatéral, parce qu'en réalité la personne qui constitue la rente s oblige à la payer en vertu de la convention. Il est vrai que cette obligation est contractée moyennant la remise au débiteur d'une somme d'argent ou la livraison d'un meuble ou d'un immeuble; mais si cela

fait que la constitution de la rente doit être considérée comme à titre onéreux, cela ne modifie pas la nature du contrat. La transmission de la chose de la part du créancier est opérée à fonds perdu, en ce sens que cette chose passe irrévocablement dans le patrimoine du débiteur de la rente, qui peut la détenir indéfiniment comme sa propriété, tandis que le bénéficiaire de la rente n a qu'un simple droit de créance à l'égard du débiteur. Dès lors il est clair que, puisqu'il n'y a qu'un obligé, le contrat est unilatéral. La circonstance, que la rente repose ordinairement sur la tête de celui qui l'a établie et exceptionnellement sur la tête d'un tiers, attribue à la convention le caractère de contrat aléatoire, c'est-à-dire soumis à l'aléa de la vie ou de la mort, caractère qui influe seulement sur l'existence ou l'extinction de l'obligation de payer les annuités.

Quant à la circonstance, qu'un immeuble peut être donné pour constituer une rente, elle peut avoir une certaine importance quant à la détermination des effets du contrat et de l'autorité que la loi du lieu de la situation de la chose peut suivant les cas, exercer sur ce contrat. Si la rente viagère a été constituée moyennant la cession d'un immeuble, de façon que le paiement de la rente puisse être considéré comme une charge grevant l'immeuble, et que la vie de la personne du bénéficiaire puisse être regardée comme une circonstance devant servir à fixer le terme du paiement des annuités, la constitution de rente a le caractère d'une rente foncière et il faut appliquer les principes posés plus haut à l'égard de l'autorité de la loi du lieu de la situation de la chose. La même loi devrait être appliquée dans l'hypothèse où le paiement de la rente aurait été garanti aux termes du contrat au moyen d'une hypothèque sur l'immeuble cédé pour la constituer. Il faudrait alors aussi observer cette même loi pour déterminer les conditions requises pour assurer l'efficacité de la garantie réelle.

1199. — Maintenant, revenant à la détermination de la loi qui doit régir le contrat de constitution de rente viagère

considéré en lui-même, il nous semble que tout doit dépendre de la loi du domicile du débiteur, parce que ce domicile constitue le siège juridique de l'individu pour tout ce qui concerne les obligations personnelles qu'il a contractées et la validité de ces obligations. S'agissant d'un contrat unilatéral et d'une obligation relative à un objet qui se trouve dans le domaine de l'autonomie des parties, toutes les fois que celles-ci ont déclaré expressément vouloir s'en référer à une loi déterminée, on doit considérer comme conforme aux principes généraux d'admettre que le contrat soit régi par la loi du domicile du débiteur.

Nous entendons parler de la loi du domicile du débiteur au moment de la conclusion du contrat. Les rapports contractuels devenus parfaits ne pourraient incontestablement pas subir de modifications à la suite de changements successifs de domicile de la part du débiteur. Cette circonstance pourrait seulement exercer une influence snr les actes de procédure et sur les modalités du paiement, et cela en vertu du principe général que le *modus solutionis* doit être régi par la loi du lieu où se trouve la personne au moment où elle doit remplir son obligation, s'il n'existe dans le contrat aucune stipulation expresse contraire.

1200. — Même en ce qui concerne la forme du contrat, il nous semble que, bien qu'elle doive en principe être déterminée suivant la règle *locus regit actum*, néanmoins si, aux termes de la loi du domicile de l'obligé, une forme donnée était déclarée indispensable pour sa validité, il faudrait observer cette loi. Nous disons cela, parce que le statut des formes des actes peut régler les formalités proprement dites, mais non celles qui sont réputées substantielles pour la manifestation valable du consentement. Par conséquent le contrat de constitution de rente viagère, ne pourrait pas être considéré comme juridiquement efficace à l'égard de l'obligé, de façon à donner naissance contre lui à une action judiciaire dans le lieu de son domicile, où le créancier pourrait l'ac-

tionner en paiement, si on n'avait pas observé en contractant une formalité déterminée, prescrite par la loi du domicile comme condition substantielle de la manifestation du consentement. En vertu de la règle *locus regit actum*, on ne peut pas en réalité donner une existence juridique à un consentement qui, pour n'avoir pas été donné dans les formes requises comme substantielles par la loi personnelle de l'obligé, doit être regardé comme dépourvu de toute valeur juridique.

1201. — Etant admis, ainsi que nous l'avons démontré, que le contrat de constitution de rente viagère doit être considéré comme devenu parfait au domicile du débiteur de la rente, il en résulte que toutes les questions qui peuvent être soulevées à l'égard de ce contrat et de ses effets entre les parties contractantes doivent être résolues par application de la loi en vigueur en ce lieu. Dès lors c'est d'après cette loi qu'on devra décider si le contrat peut être soumis aux dispositions qui prohibent l'usure, lorsque la rente excède la mesure des fruits produits par la chose cédée, ou être considéré comme une libéralité déguisée, quand la rente viagère est si minime que la convention peut être considérée comme ayant les caractères d'une donation, et si par conséquent la constitution de rente viagère peut-être annulée ou rescindée comme entachée d'usure ou comme constituant une libéralité prohibée. On appliquera dès lors les articles 1789, 1792, 1793, 1794 et 1795 du Code civil italien à la rente viagère constituée par un étranger domicilié en Italie, et les articles correspondants du code civil français (art. 1968, 1970, 1972, 1973 et 1974) quand l'obligé se trouve domicilié en France.

1202. — On devra en outre décider suivant la même loi, sur le droit de résolution du contrat, sur les garanties à imposer au débiteur de la rente et sur les modalités du paiement. Cela dérive de la nature même du droit. En effet le contrat de constitution de rente viagère crée un véritable droit de créance contre le débiteur pour obtenir le paiement

des annuités échues, droit qui dure jusqu'au jour de la mort de la personne sur la vie de laquelle la rente a été établie. Il s'agit dès lors de la créance d'une somme d'argent due pendant le temps fixé par le contrat. Ce droit est par sa nature une chose mobilière payable au domicile du débiteur, et comme, une fois le contrat conclu, il n'existe plus rien que ce droit, et que toute action pour en assurer l'exercice doit être régie par la loi du domicile du débiteur, où la dette est exigible, il est clair que, ainsi que nous l'avons déjà dit, que c'est d'après cette loi qu'on devra déterminer la nature de l'obligation, notamment au point de vue de la validité, de la nullité et de la rescision, en ce qui concerne les moyens d'exécution, les garanties légales et tous autres effets du contrat de constitution de rente viagère entre les parties.

Toutefois s'il avait été établie une garantie réelle sur un immeuble situé à l'étranger, il faudrait appliquer la loi de la situation de cet immeuble, non seulement pour déterminer les conditions à observer pour rendre cette garantie réelle efficace, mais encore pour fixer le droit des tiers en cas d'annulation ou de rescision du contrat.

CHAPITRE IX

DU CONTRAT DE DÉPÔT ET DU SÉQUESTRE.

1203. Du contrat de dépôt et de ses variétés. — 1204. Caractère de ce contrat. — 1205. Loi qui doit le régir. — 1206. Capacité des personnes. — 1207. Controverses sur la nature du contrat. — 1208. Controverses sur les choses qui peuvent former l'objet du dépôt. — 1209. Obligations du dépositaire. — 1210. Dépôts dans les banques ou les caisses publiques. — 1211. Forme du contrat et preuve. — 1212. Actions en dérivant. — 1213. Du dépôt nécessaire. — 1214. Du séquestre et de la loi qui doit le régir.

1203. — Le contrat de dépôt est celui, en vertu duquel une personne donne une chose pour la garder à une autre, qui accepte cette charge et s'oblige à restituer la chose quand elle lui sera réclamée. Il est aussi dénommé simplement dépôt, mais ce mot seul est aussi employé pour indiquer la chose déposée.

Il y a deux sortes principales de dépôt, le dépôt simple et le séquestre. Le premier consiste dans le fait par une personne de remettre volontairement une chose à une autre pour la garder et la lui rendre en nature. Il peut également être effectué par plusieurs personnes qui ont un intérêt commun, lesquelles alors, prises dans leur ensemble, représentent le déposant à l'égard de l'autre personne qui a le rôle de dépositaire.

Le séquestre, au contraire, est le dépôt d'une chose en litige : il fait dès lors supposer un intérêt distinct et opposé de la part des personnes qui opèrent le dépôt. Il peut être conventionnel ou judiciaire, suivant qu'il est voulu par les parties ou ordonné par le juge.

Nous traiterons séparément de ces deux sortes de dépôt, au point de vue de la loi qui doit les régir.

1204. — Il est à noter, que le contrat de dépôt est un contrat réel, parce qu'il ne peut devenir parfait qu'à la suite de la tradition de la chose faite par le déposant au dépositaire. Il faut dès lors admettre que, puisque le rapport contractuel est créé et devient parfait au lieu où le dépositaire reçoit la chose, il doit être régi par la loi en vigueur en ce lieu, loi sous l'autorité de laquelle il est devenu définitif.

Il peut se faire que l'obligation de recevoir en dépôt une chose, soit contractée sous l'empire d'une loi différente de celle en vigueur au lieu où le dépôt est effectué. Toutefois, comme cet engagement ne constitue pas le dépôt, mais seulement la promesse faite et acceptée de conclure le contrat, il est clair qu'il ne peut pas avoir pour résultat de rendre une autre loi applicable au dépôt. On devrait appliquer à cette promesse les règles relatives aux obligations personnelles, et au dépôt lui-même celles qui concernent les contrats réels, toujours pour la raison que le contrat de dépôt ne devient parfait que par la tradition, puisqu'il est un contrat réel, *qui re contrahitur*. Le législateur autrichien l'a dit expressément en ces termes dans l'article 957 de son Code civil : « La « promesse acceptée de recevoir en dépôt une chose qui « appartient à autrui et qui n'est pas encore remise, oblige « bien le promettant, mais ne constitue cependant encore « pas le contrat de dépôt ». Ce principe résulte du reste des règles générales des conventions.

1205. — Ceci admis que le contrat de dépôt ne devient parfait que par la tradition, et étant donné que l'obligation principale qui en résulte est celle du dépositaire envers le déposant, il est clair que tout doit dépendre de la loi du lieu où le dépôt a pris naissance, c'est-à-dire de celle en vigueur dans le pays où a été opérée la tradition. On devra donc déterminer d'après cette loi, non seulement la nature du fait

juridique, mais aussi toutes les conséquences qui peuvent résulter des rapports contractuels, et cela en conformité du principe *uniuscujusque contractus initium spectandum est et causa.*

1206. — Il va de soi du reste que, pour résoudre toute question relative à la condition des personnes qui peuvent conclure le contrat de dépôt, il faut se reporter au statut personnel de chacune d'elles. Par conséquent si le déposant devait être réputé incapable de contracter d'après la loi civile de son pays, comme par exemple une femme mariée italienne ou française non autorisée de son mari, il faudrait alors appliquer au fait juridique la loi en vigueur au lieu où il aurait été réalisé, tout en admettant que l'acte émane d'un individu incapable de contracter. Ce pourrait alors être le cas, si cette loi ne disposait pas autrement, de considérer le dépôt comme une gestion d'affaires à l'égard du mari, à l'insu duquel le dépôt aurait été opéré, et d'appliquer la loi du lieu du contrat pour déterminer à l'égard de la personne qui aurait accepté le dépôt fait par l'incapable, ses obligations comme gérant d'affaires. Il faudrait décider de même lorsque le dépositaire devrait être réputé incapable, et on devrait alors appliquer au fait juridique non les règles du dépôt, mais celles relatives aux quasi-contrats et le principe d'équité qui défend de s'enrichir au détriment d'autrui.

Certains législateurs règlent expressément ces cas spéciaux. C'est ce qu'ont fait notamment les législateurs français et italiens (art. 1925 et 1926 C. civ. français et 1841 et 1842 C. civ. italien). Il est du reste naturel qu'on applique la loi du lieu où le dépôt est fait, pour déterminer la nature du fait juridique. ainsi que les obligations et les actions dérivant de ce fait, lorsque l'une des parties est incapable.

1207. — Etant donné que les personnes, entre lesquelles le contrat de dépôt a été conclu, soient capables de contracter et que ce contrat ait été rendu parfait par la tradition, nous

le répétons, tout devrait dépendre de la loi du pays où le fait juridique serait devenu parfait. Il faudrait par conséquent déterminer d'après cette loi la nature du contrat, c'est-à-dire décider s'il doit être considéré comme un véritable contrat de dépôt ou comme un autre acte. Ainsi, par exemple, on devrait observer la disposition de cette loi, qui indiquerait comme une des conditions substantielles du dépôt l'exclusion de toute rémunération pour la garde de la chose, de façon à ce que la rétribution accordée au dépositaire pût avoir pour effet de transformer le contrat de dépôt en louage d'ouvrage, et déterminer d'après cette règle législative la nature du fait juridique. Vainement on dirait, pour soutenir l'opinion contraire que, s'agissant d'une chose mobilière, on devrait appliquer la loi du propriétaire de cette chose; car ce n'est pas la condition de la chose qui détermine l'autorité de la loi, mais c'est le fait juridique accompli sous l'empire d'une loi donnée.

Le législateur italien admet l'existence du dépôt même en cas de stipulation d'un salaire en faveur du dépositaire : il aggrave seulement dans ce cas la responsabilité de ce dernier (art. 1844 C. c. italien). D'autres législations admettent la rétribution du dépositaire, mais sous la réserve qu'il s'agisse d'une rétribution modique. De toute façon, il faut toujours se reporter à la loi du lieu où la chose a été mise en dépôt, pour décider s'il s'agit d'un dépôt ou d'un louage d'ouvrage, et pour ensuite déterminer les obligations qui résultent du contrat.

1208. — C'est d'après cette même loi qu'on doit décider quelles sont les choses qui peuvent former l'objet du dépôt. Aux termes du Code civil autrichien, on peut mettre en dépôt toutes les choses tant mobilières qu'immobilières. Le législateur italien au contraire n'admet le dépôt qu'en ce qui concerne les choses mobilières. Par conséquent un Autrichien, propriétaire d'un immeuble situé en Italie, qui l'aurait donné en dépôt conformément aux dispositions de la loi de son

pays, ne pourrait pas exercer *l'actio depositi,* parce qu'aux termes de la loi italienne, sous l'empire de laquelle le fait juridique aurait été réalisé, ce fait aurait le caractère d'un mandat ou d'un louage d'ouvrage et non d'un dépôt.

1209. — Les principales obligations du dépositaire envers le déposant sont au nombre de deux, qui sont reconnues par toutes les lois : celle de garder fidèlement la chose confiée et celle de la rendre au déposant quand il la réclame. Toutefois, à l'égard de la responsabilité du déposant, il existe certaines divergences dans les diverses législations.

Le législateur italien, par exemple, qui impose à toute personne qui a contracté une obligation, d'user dans son accomplissement de la diligence d'un bon père de famille (art. 1224), déroge à cette règle en faveur du dépositaire, en disposant (art. 1843) qu'il doit dans la garde de la chose en dépôt user de la diligence dont il use pour la garde de ses propres choses.

Il est incontestable que cette disposition doit être appliquée à tout dépôt fait en Italie, sauf le cas où les parties auraient passé une convention contraire.

1210. — Pour ce qui concerne les dépôts opérés dans les banques ou dans les caisses publiques, on doit appliquer les mêmes règles. Il faut néanmoins tenir compte des statuts et des règlements, pour déterminer la nature du fait juridique. Il pourrait en effet se faire que, d'après son règlement, l'administration de la banque ou celle du dépôt public fût autorisée à disposer librement de la somme déposée, et fût seulement tenue de la rendre en quantité ou en nature. Etant donné cet état de choses, l'opération juridique n'aurait pas le caractère d'un dépôt proprement dit, mais d'un dépôt irrégulier. Etant admis que la caisse publique des dépôts ou la banque devint propriétaire de la somme de façon à pouvoir en disposer avec l'obligation de la restituer en quantité, il en résulterait qu'on ne devrait pas appliquer au fait juridique

les règles du dépôt, mais celles du prêt à usage ou du prêt de consommation. Par conséquent, il pourrait se faire que l'administration ne fût pas exonérée de toute responsabilité en cas d'accident résultant d'une force majeure, comme elle pourrait l'être s'il s'agissait d'un dépôt. Il faut examiner très attentivement toutes ces circonstances pour déterminer la nature du fait juridique ainsi que la loi régulatrice de ce fait.

1211. — Pour ce qui concerne la forme du contrat de dépôt, en principe on doit appliquer la règle *locus regit actum*. Toutefois, comme ce contrat devient parfait au lieu où le dépôt est effectué, il faudra se reporter à la loi en vigueur en ce lieu, même pour résoudre les questions relatives à la forme du contrat. Par conséquent s'il s'agissait d'un dépôt opéré en France, l'acte écrit serait indispensable pour en faire la preuve, si l'objet déposé avait une valeur de plus de 150 francs. Si au contraire le dépôt avait été effectué en Italie, la preuve pourrait en être administrée par témoins si l'objet ne valait pas plus de 500 francs (art. 1341 C. civ. italien).

1212. — Les principes que nous venons de poser doivent servir à résoudre toutes les questions qui peuvent surgir à propos de *l'actio depositi vel contra,* et notamment à décider le point de savoir si l'action résultant du dépôt peut être éteinte par la prescription. A ce sujet il faut dire que, comme le dépositaire possède au nom d'autrui, il ne pourrait pas repousser l'action personnelle au moyen de la prescription, cela en vertu du principe général que celui qui possède au nom d'autrui ne peut pas prescrire en sa propre faveur : ajoutons qu'il en serait de même du successeur à titre universel du dépositaire. Si le déposant voulait exercer l'action réelle contre le possesseur de la chose déposée, il devrait observer à cet égard les dispositions de la loi de la situation de la chose ; il en serait ainsi également dans le cas où le dépositaire aurait possédé la chose déposée en changeant le titre de sa possession.

1213. — Le dépôt nécessaire doit être régi par les mêmes principes que le dépôt volontaire, en ce sens que, ne pouvant pas être considéré autrement que comme un fait juridique réalisé dans une localité donnée à la suite des circonstances qui lui ont donné naissance, il doit demeurer soumis d'une façon générale à la loi en vigueur en ce lieu.

Il en est ainsi en ce qui concerne les modes de preuve, la responsabilité en cas de vol ou de détérioration, et même à l'égard des obligations à la charge des hôteliers et des aubergistes comme dépositaires des objets que les voyageurs ont déposé chez eux. Les étrangers doivent nécessairement être soumis aux prescriptions de la loi du lieu où le dépôt de leurs effets est opéré : ils ne pourraient pas prétendre que, s'agissant d'objets mobiliers, leurs droits en tant que propriétaires de ces choses devraient être déterminés d'après la loi de leur patrie.

En effet, l'autorité de la loi sur le fait juridique réalisé sur le territoire soumis à son empire est hors de contestation.

1214. — Le séquestre, soit qu'il soit opéré par les parties elles-mêmes qui ont des intérêts distincts dans une affaire litigieuse et qui se sont mises d'accord pour déposer l'objet en litige, pour ledit objet être ensuite remis à la personne qui en sera déclarée propriétaire ; soit qu'il soit ordonné par l'autorité judiciaire, doit toujours être régi par la loi du lieu où il est effectué. Toutes les questions relatives au séquestre conventionnel ou judiciaire doivent être résolues d'après la loi du lieu où le dépôt a été fait, ou d'après celle du lieu ou l'instance judiciaire se déroule, étant donné que cette mesure judiciaire fait partie de celles qui constituent l'*ordinatio litis*. Dès lors il est clair que si, conformément à cette loi, il était permis au juge d'ordonner le séquestre judiciaire d'un immeuble, cette mesure ne pourrait pas être efficace si cet immeuble se trouvait en pays étranger , car alors il faudrait à cet égard observer les dispositions de la loi de la situation de la chose.

Il s'agirait en réalité d'un acte d'exécution et, en vertu des principes généraux, il n'appartient pas au magistrat d'un Etat d'ordonner des actes d'exécution qui doivent produire effet sur le territoire d'un autre Etat.

Même, lorsqu'aux termes de la loi de la situation de la chose, l'exécution des actes des autorités étrangères ne serait pas refusée en principes il faudrait toujours observer les règles prescrites par le législateur pour accorder la force exécutoire aux sentences étrangères, si on voulait exécuter un séquestre judiciaire ordonné par le tribunal étranger. En effet, quand il s'agit d'un acte d'exécution, on doit appliquer le principe général, d'après lequel les sentences, les mesures et les actes d'une nature quelconque prescrits par le magistrat étranger, même en matière civile, ne peuvent être exécutés qu'en observant les formalités de procédure édictées par la loi de chaque pays et qu'en les faisant déclarer exécutoires pour le juge territorial.

CHAPITRE X

DU CONTRAT DE GAGE.

1215. Du contrat de gage et de ses conditions essentielles. — 1216. Droit principal résultant du gage. — 1217. De la loi qui doit régler les rapports existant entre les parties contractantes. — 1218. S'il s'agit de choses mobilières, le gage doit être régi par la loi personnelle du propriétaire. — 1219. Difficultés résultant du transport dans un autre pays de la chose donnée en gage. — 1220. Loi qui doit régir l'action résultant du gage et la validité du privilège à l'égard des parties contractantes et des tiers. — 1221. Principes d'après lesquels on doit apprécier la validité du gage. — 1222. Comment doit-on appliquer ces principes au gage d'un meuble incorporel. — 1223. Créance donnée en gage garantie par une hypothèque. — 1224. Loi qui doit régir les obligations du créancier auquel un gage a été constitué. — 1225. Loi qui doit régir les droits pour le débiteur d'obtenir la restitution de la chose donnée en gage. — 1226. Du droit de rétention en faveur du créancier. — 1227. De la validité du pacte commissoire entre le débiteur et le créancier. — 1228. Par rapport aux tiers. — 1229. Autorité absolue de la loi territoriale en ce qui touche les intérêts des tiers. — 1230. Du droit du créancier gagiste de donner à son tour comme gage l'objet qui lui a été remis en nantissement. — 1231. Questions qui se présentent lorsque la chose donnée en gage passe en la possession d'un tiers, ou bien est perdue ou volée.

1215. — Le contrat de gage consiste dans la convention, en vertu de laquelle le débiteur ou un tiers donne au créancier une chose mobilière pour sûreté de la créance, et lui confère le droit de se faire payer sur cette chose si la dette n'a pas été éteinte dans le délai fixé, et par laquelle de son côté le créancier s'oblige à restituer l'objet donné en gage après l'extinction de la dette [1].

[1] Nous avons défini le contrat en prenant le mot gage dans son sens strict. Dans une acception plus étendue, le mot gage pourrait désigner en général la chose tant mobilière qu'immobilière, que le débiteur donne au

Une des conditions essentielles pour la perfection de ce contrat étant la remise par le débiteur ou par un tiers d'une chose mobilière pour assurer le paiement de la dette, il ne devient parfait qu'après que la chose a été effectivement livrée et est passée en la possession du créancier. Le contrat de gage doit dès alors être considéré comme un des contrats réels, en ce sens que, comme le prêt et le dépôt, il ne devient parfait qu'après la remise de la chose qui en forme l'objet. Par conséquent, si le débiteur s'était engagé à constituer un gage, mais sans avoir effectivement remis la chose, ce fait juridique, tout en produisant des rapports de droit entre les parties, ne créerait pas un contrat de gage proprement dit.

Par conséquent, lorsque le débiteur aurait seulement contracté l'obligation de constituer un gage, mais sans opérer la tradition de la chose, cet engagement devrait être régi par les principes applicables aux contrats innommés, et on devrait décider d'après la loi du lieu du contrat toute question relative au droit pour le créancier de contraindre le débiteur à parfaire le contrat de gage suivant son engagement.

créancier comme sûreté de sa créance, puisqu'en effet le paiement peut être assuré, aussi bien par la livraison d'un immeuble que par celle d'un meuble. Il est à noter cependant que, quand on donne en gage une chose immobilière, le droit qu'acquiert le créancier est désigné plus exactement par le mot *hypothèque*. Le législateur autrichien pose en principe, à l'article 448 du Code civil, qu'on peut donner en gage toute chose quelconque dans le commerce, puis il ajoute que, « si cette chose est « mobilière elle se dénomme dans le sens strict, *gage* ; et si elle est immobilière, *hypothèque* ». Dans le système du Code civil français le gage a aussi un sens plus étendu sous le titre de *nantissement*, et il comprend le *gage* proprement dit et l'*antichrèse*. Dans le code civil italien, on s'occupe sous des titres distincts du gage, de l'antichrèse et de l'hypothèque, et cette distinction nous semble plus exacte ; car ces trois opérations juridiques diffèrent nettement, tant par leur nature que par leurs effets et que par les rapports qui en résultent, tant entre les parties qu'entre les parties et les tiers.

C'est en ce sens également que le gage était compris en Droit Romain par l'école des Proculiens, ainsi que cela résulte de la loi 238 § 2, *Dig.*, De verb. signif. : « *Pignus appellatum a pegno : quia res quæ pignori dantur, manu traduntur : unde etiam videri potest, verum esse, quod quidam putant, pignus proprie rei mobilis constitui.* »

Nous allons nous occuper dans ce chapitre du contrat de gage proprement dit, tel que nous l'avons défini.

1216. — Le droit principal qui résulte de ce contrat est le droit de gage, qui consiste dans la faculté pour le créancier de conserver en sa possession la chose qui lui a été donnée en garantie, pour se faire payer sa créance de préférence aux tiers. Ce droit modifie notablement celui du propriétaire de la chose. La propriété de la chose donnée en gage continue bien à exister, puisque le créancier gagiste doit la restituer en nature après l'extinction de la dette, de sorte qu'il n'est investi que d'une possession précaire. Toutefois, comme en vertu du contrat le créancier acquiert sur la chose un droit de rétention jusqu'au paiement, il devient, limitativement en ce qui concerne ce droit, possesseur pour son compte, *pro suo*.

1217. — Nous avons déjà envisagé le gage à ce point de vue et nous en avons parlé à propos des droits qui limitent la propriété, tels que par exemple les droits de servitude, d'emphythéose, de superficie, d'hypothèque, de gage et d'antichrèse.

Nous ne pouvions nous dispenser, en parlant du gage et des droits qui en dérivent, de parler des façons dont il peut être constitué et par conséquent du contrat qui en est le mode de constitution le plus ordinaire. Nous avons dès lors exposé les principes relatifs à la loi régulatrice du contrat et aux droits et obligations qui peuvent résulter de ce contrat à l'égard des parties et envers les tiers. Cette étude s'imposait pour nous, parce que la validité des droits du créancier gagiste, soit par rapport à son débiteur, soit par rapport aux tiers, devant surtout dépendre de la constitution régulière et légale du gage, nous devions naturellement traiter du contrat qui est le mode habituel de constitution du gage. On devra donc se reporter à ce que nous avons dit précédemment au sujet de la loi qui doit régir le contrat de gage.[1]

[1] Voir le chapitre relatif au gage et à l'antichrèse, T. II, p. 308 et suiv.

Sans répéter inutilement ce que nous avons dit, nous rappellerons que le contrat de gage, eu égard à sa forme, à sa substance et à sa validité, doit toujours être apprécié en distinguant nettement les rapports existant entre le débiteur et le créancier parties au contrat et ceux existant entre le créancier gagiste et les autres créanciers. Le contrat de gage, au point de vue du débiteur et du créancier, doit rester soumis aux principes généraux qui régissent les conventions nées sous l'empire d'une loi déterminée. On doit donc résoudre d'après ces principes toute question relative à sa validité, à sa forme, à la preuve de l'obligation, et à la légalité de la convention. Il faudra par conséquent décider d'après la règle *locus regit actum* si l'acte écrit est nécessaire pour la constitution du gage, et si cet acte doit revêtir la forme authentique; si l'acte doit être enregistré pour avoir date certaine ; si la convention peut être établie à l'aide d'autres modes de preuve que l'acte écrit. Par conséquent, à supposer qu'il s'agisse d'un contrat de gage conclu en France, conformément aux dispositions de l'article 2074 du Code civil, il serait nécessaire non seulement qu'il fût constaté par un acte écrit, mais encore que l'acte fût enregistré, toutes les fois que la valeur de l'objet de la convention serait supérieure à 150 francs. Si au contraire le contrat était conclu en Italie, non seulement, aux termes de l'article 1880 du Code civil, il ne serait pas nécessaire que l'acte sous signature privée fût enregistré, mais le contrat pourrait être établi au moyen des divers modes de preuve prescrits relativement à la preuve des obligations et de leur extinction au chapitre V du titre IV du livre III du Code civil, s'il s'agissait de gage civil, et à l'article 44 du Code de commerce, s'il s'agissait des matières commerciales, dont nous nous occuperons dans un autre volume.

1218. — Ce ne serait pas le cas en cette matière d'invoquer l'adage connu, que les choses mobilières sont considérées par suite d'une fiction juridique comme se trouvant au domicile du propriétaire, *mobilia ossibus personæ inhærent,*

pour en conclure que la constitution d'un gage sur une chose mobilière doit être régie par la loi du propriétaire, même au point de vue de la forme indispensable pour la validité du contrat. Au contraire il faut appliquer le principe que nous avons plusieurs fois énoncé et expliqué, que les choses mobilières localisées doivent être régies par l'adage *locus regit actum*, quand il s'agit de déterminer les droits qui peuvent être acquis sur elles en vertu d'un contrat. Dès lors, si un Espagnol, par exemple, voulait donner en gage les choses mobilières qui lui appartiennent et passait un contrat de gage en Italie, on ne pourrait pas contester la validité du gage ainsi constitué, sous le prétexte que, d'après le Code civil espagnol (art. 1865), il est disposé que le gage ne peut pas avoir d'effet à l'égard des tiers si sa date n'est pas établie par acte authentique. De même on applique la règle *locus regit actum* en ce qui concerne les choses mobilières qui se trouvent actuellement dans un pays, toutes les fois qu'il s'agit d'apprécier la validité du contrat au point de vue de la forme, et on invoquerait à tort la loi nationale du propriétaire pour attaquer la convention valablement conclue d'après la loi du lieu du contrat.

1219. — Si la chose donnée en gage était transportée dans un autre pays et si les créanciers faisaient valoir des droits sur elle, il ne suffirait pas, au point de vue de la légalité et de la validité du contrat en ce qui concerne les rapports qu'il crée entre le créancier gagiste et les autres créanciers, que le gage fût légalement constitué d'après la loi du lieu du contrat. Il serait indispensable, pour l'exercice des droits et du privilège résultant du gage, qu'on eût rempli les conditions requises aux termes de la loi du lieu de la situation de la chose pour la constitution du gage et la création du privilège du créancier gagiste à l'encontre des autres créanciers. Nous disons cela, parce qu'en vertu des principes généraux posés précédemment[1] et en vertu de ceux relatifs à la validité de

[1] Voir T. II, ch. IX, §§ 932 et suiv.

tout droit réel, à la possession et à la rétention[1], l'autorité de la loi territoriale est souveraine, de sorte que c'est uniquement d'après ses prescriptions qu'on doit décider quelles sont les conditions formelles et substantielles requises pour la recevabilité, en cas de concours de plusieurs créanciers, du droit de préemption ou de rétention en faveur de l'un d'eux.

1220. — Il résulte de l'application de ces règles que, même lorsque le contrat doit être réputé valable tant au point de vue de la forme qu'à celui de la substance d'après la loi du lieu où il a été conclu et être réputé efficace comme tel dans les rapports du débiteur et du créancier qui l'ont consenti, il ne pourrait pas être considéré comme également efficace dans les rapports entre le créancier gagiste et les autres créanciers. En effet il ne pourrait pas être opposable à ces derniers, si on n'avait pas rempli les formalités requises d'après la loi de la situation de la chose pour rendre admissibles l'action et le privilège résultant du gage, dans le cas où le créancier gagiste voudrait se prévaloir à l'encontre des autres créanciers des droits lui appartenant d'après la loi du lieu du contrat.

Etant donnée la distinction que nous avons faite, il en résulte que dans l'hypothèse d'un gage constitué en Italie et d'une valeur de moins de 500 francs, on peut admettre la preuve du contrat à l'aide des moyens de preuve permis d'après le Code civil italien, même lorsque l'affaire est soumise à la décision des tribunaux français, si le procès n'existe qu'entre le débiteur et le créancier gagiste, à l'exclusion d'autres créanciers intéressés. La raison en est que le contrat de gage, dans les rapports des parties qui l'ont conclu, doit être considéré comme régi par les principes généraux applicables aux rapports contractuels nés sous l'empire de la loi étran-

[1] Voir T. II, ch. IX, §§ 773 et suiv.

gère. Or comme, d'après ces principes, la règle *locus regit actum* est applicable même à la preuve du contrat, on doit admettre, que dans les relations des parties qui ont stipulé un contrat de gage en Italie, l'*id quod actum est* peut-être établi à l'aide des modalités prévues par le Code civil italien. Or, comme le législateur italien permet de faire la preuve du gage à l'aide d'autres modes de preuves que l'acte écrit quand il s'agit d'une valeur inférieure à 500 francs, ce principe ne peut pas être contesté dans le cas où l'affaire est soumise à la décision des tribunaux français.

Si au contraire le créancier gagiste voulait se prévaloir de la règle *locus regit actum*, pour exercer à l'encontre des autres créanciers existant en France l'action et le privilège résultant du gage, sa prétention serait inadmissible, parce qu'aux termes de l'article 2074 du Code civil français, le privilège résultant du gage ne peut, lorsqu'il s'agit d'une matière excédant 150 francs, exister en l'absence d'un acte écrit et enregistré. En effet c'est un principe incontesté, que les privilèges et les droits de chacun, en cas de concours de créanciers, doivent être régis par la loi du lieu sous l'empire de laquelle se produit ce concours, et qu'aucune faveur ni aucun droit de préférence ne peuvent être accordés que d'après les conditions fixées par la loi territoriale.

Si on suppose finalement que le contrat de gage ait été conclu verbalement sous l'empire de la loi française et qu'il s'agisse d'une valeur supérieure à 150 francs, on ne pourrait pas, même devant les tribunaux italiens, établir l'existence du contrat par témoins, conformément aux dispositions du Code civil italien. Ce Code, qui alors serait la *lex fori*, ne pourrait pas plus être appliqué à l'égard des rapports du créancier et du débiteur, qu'en ce qui concerne ceux du créancier gagiste et des autres créanciers, pour apprécier la légalité et la validité du contrat conclu en France. Nous disons cela par application du principe général, en vertu duquel *uniuscujusque contractus initium spectandum est et causam.*

On pourrait admettre la règle contraire dans un seul cas, dans celui où le contrat de gage aurait été passé en France entre deux Italiens y demeurant. On pourrait en effet alors considérer, qu'en contractant en France, ils ont entendu s'en référer à la loi de leur pays, et que dès lors c'est d'après cette loi qu'on devrait résoudre toute difficulté relative à la légalité et à la validité de ce contrat.

1221. — Il résulte des principes que nous venons d'exposer, que le contrat constitutif du gage ne peut être réputé légal et valable que d'après les règles générales applicables aux conventions conclues sous l'empire de la loi étrangère. Par conséquent, lorsqu'il s'agit d'apprécier la légalité et la validité de ce contrat dans les rapports entre le créancier gagiste et les autres créanciers au lieu où se trouve actuellement la chose engagée, il faut qu'on constate l'existence de toutes les conditions requises par la loi du lieu de la situation de la chose, pour pouvoir considérer le gage comme valablement constitué.

1222. — On devra appliquer les mêmes principes aussi bien dans le cas où le gage a pour objet une chose mobilière incorporelle que dans celui où il s'applique à un meuble corporel. Il faudra donc, lorsqu'il s'agira d'une créance donnée en gage, tenir compte de la distinction que nous avons faite, notamment en ce qui concerne la nécessité de la notification de l'acte pour la validité du contrat et pour l'exercice du privilège. On devra à cet égard appliquer les règles posées plus haut au sujet de la loi qui doit régir la cession des créances [1]. Par conséquent la question de savoir si, en cas de constitution en gage d'une créance, la notification de l'acte au débiteur de la créance devra être considérée comme essentielle pour la validité du contrat, et si et comment cette modification pourra être remplacée par une autre formalité,

[1] Voir §§ 1094 et suiv.

doit être résolue en conformité de la loi du lieu du contrat, toutes les fois qu'il s'agit des rapports du créancier et du débiteur, et d'après la *lex fori*, toutes les fois qu'il s'agit des rapports du créancier gagiste et des autres créanciers qui se trouvent en concurrence avec ce dernier.

On doit résoudre d'après les mêmes principes et suivant les mêmes distinctions toute difficulté relative au gage qui a pour objet une créance.

Il doit en être ainsi notamment des questions de savoir, si la remise du titre de la créance donnée en gage ou de tout document qui en démontre l'existence doit être effective pour la validité du contrat, ou peut-être remplacée par une autre formalité ; si la créance sans titre peut ou non être constituée en gage; si, étant donné que la possession de la chose engagée au profit du créancier doive être considérée comme une condition essentielle du contrat, cette possession peut ou non être considérée comme acquise par le créancier gagiste Toutes ces difficultés et toutes autres du même genre doivent être résolues d'après la loi du lieu de contrat, toutes les fois qu'il s'agit des rapports entre le débiteur et le créancier gagiste, et d'après la loi sous l'empire de laquelle se réalise le concours des créanciers, toutes les fois qu'il s'agit des rapports du créancier gagiste et des autres créanciers.

1223. — Il pourrait se faire que la créance donnée en gage fût garantie par une hypothèque. Alors il faudrait toujours se reporter à la loi du lieu du contrat pour tout ce qui concerne la validité et la légalité de la convention, et à la loi du lieu où se trouve la chose hypothéquée pour apprécier tout droit du créancier auquel a été donnée en gage la créance garantie par l'hypothèque et pour déterminer les actes, que ce même créancier doit accomplir pour rendre efficace la garantie hypothécaire et toutes les conséquences de cette garantie dans ses rapports avec les autres créanciers.

D'après la loi italienne, le créancier qui a reçu en gage une

créance garantie par une hypothèque, peut, aux termes de l'article 1994 du Code civil, faire mentionner en marge de l'inscription d'hypothèque le gage consenti en sa faveur. Toutefois cette mention a pour unique effet d'empêcher la radiation de l'hypothèque sans le consentement du créancier gagiste et de rendre obligatoires au domicile élu par le créancier les notifications et sommations requises en matière hypothécaire.

Ce n'est pas ici le lieu d'examiner quelle est la valeur d'une telle mention dans le système hypothécaire du Code civil italien

Nous dirons seulement, qu'il faut se reporter à la loi de la situation de la chose pour résoudre toute question relative à une telle mention et aux effets qui en peuvent résulter, tant à l'égard des créanciers hypothécaires, qu'à l'égard de plusieurs créanciers auxquels la même créance hypothécaire a été donnée en gage. On doit toujours appliquer le principe, que la loi de la situation de la chose est toujours souveraine pour la détermination de tout droit de préférence en cas de concours de créanciers.

1224. — Pour ce qui concerne les devoirs du créancier gagiste, il faut observer que, son obligation de conserver le gage et sa responsabilité civile à l'égard du propriétaire devant uniquement dépendre de la loi sous l'empire de laquelle le contrat de gage a été conclu, il est clair que c'est d'après cette loi qu'on doit résoudre toute difficulté à cet égard. C'est donc d'après cette loi qu'on doit, par exemple, déterminer l'obligation de faire l'avance des frais nécessaires pour la conservation du gage, sauf le droit au remboursement, l'obligation de n'user ni d'abuser de la chose donnée en gage, et l'obligation de réparer tout dommage en cas de faute.

Aux termes du Code civil français, article 2082, le débiteur peut réclamer la restitution du gage lorsque le détenteur abuse de l'objet donné en gage, et on doit considérer qu'il y a abus lorsque le créancier use de cet objet contrairement à

la volonté expresse ou présumée du débiteur. D'après le Code civil italien, au contraire, si le créancier abuse du gage, le débiteur peut seulement obtenir que la chose engagée soit mise sous séquestre.

A l'égard des frais nécessités par la conservation de la chose, le législateur français dispose que le débiteur est tenu de rembourser au créancier non seulement les dépenses nécessaires, mais aussi les dépenses utiles, tandis que le législateur italien limite l'obligation du débiteur au remboursement des dépenses faites, sans ajouter la qualification *d'utiles*.

On doit donc résoudre ces questions, soit d'après le Code civil français, soit d'après le Code civil italien, suivant qu'il s'agit d'un contrat passé en France ou d'un contrat passé en Italie, et cela pour la raison que les rapports contractuels et les obligations contractées par les parties et leurs droits qui en résultent doivent dépendre de la loi du lieu du contrat.

On doit résoudre de même toute question relative à la faute, au dommage, à la responsabilité en cas de perte ou de détérioration du gage, en admettant toujours en principe que le créancier gagiste, sauf son droit de gage, est à l'égard du propriétaire de la chose, dans la situation de celui qui la possède au nom d'autrui, et que dès lors il doit être soumis aux règles générales qui déterminent les droits du propriétaire à l'encontre du possesseur à titre précaire.

1225. — Le droit pour le débiteur qui a éteint complètement sa dette garantie par un gage de se faire restituer la chose engagée et le droit éventuel pour le créancier de retenir la chose doivent tous deux être régis par la loi du lieu du contrat, parce qu'ils ont trait aux rapports contractuels et à la substance des obligations réciproques nées du contrat. Bien entendu il n'en est ainsi que lorsqu'il s'agit des rapports du débiteur et des créanciers et que les tiers n'ont aucun intérêt dans l'affaire.

D'après certaines lois, notamment d'après le Code civil

français, article 2082 et d'après le Code civil italien, article 1888, si le débiteur qui a donné la chose en gage, a contracté postérieurement à la remise du gage au profit du même créancier une autre obligation, qui est devenue exigible avant qu'on puisse exiger le paiement de la première dette, ce créancier peut retenir le gage jusqu'au paiement des deux dettes, bien qu'il ne se soit pas engagé à garantir le paiement de la seconde dette au moyen de la chose engagée. On admet ainsi une présomption d'extension de la garantie à la seconde obligation, et comme cette matière doit, en ce qui concerne les rapports entre les parties, être soumise à l'autorité de la loi du lieu du contrat, nous sommes d'avis que, si le juge est appelé à décider si le créancier gagiste est fondé ou non à refuser au débiteur la restitution de la chose donnée en gage, il doit le faire par application de la loi du lieu du contrat.

Toutefois, à notre sens, le créancier ne pourrait pas se prévaloir devant les tribunaux de son droit privilégié au paiement de sa créance devenue exigible avant la restitution de la chose donnée en gage, à l'encontre des tiers qui auraient acquis eux-mêmes des droits sur cette même chose au moyen d'un nouveau contrat de gage.

1226. — Même si, aux termes de la loi de la situation de la chose, on devait considérer le droit de gage comme opposable aux tiers en ce qui concerne le paiement par privilège de la créance originaire, pour la garantie de laquelle le gage a été consenti, on ne pourrait pas en vertu de la loi du lieu du contrat étendre le privilège à l'obligation contractée postérieurement, parce qu'on ne pourrait pas admettre à l'égard de cette dette l'existence d'un gage conventionnel proprement dit. En effet le droit de retenir la chose engagée jusqu'au paiement de la seconde dette n'est en réalité qu'une garantie tacite admise en vertu de la présomption équitable de la volonté des parties, laquelle ne peut dès lors avoir aucun effet à l'égard des tiers.

1227. — On doit résoudre de même la question relative au droit pour le créancier gagiste de s'appproprier la chose donnée en gage si au jour convenu le débiteur n'a pas payé sa dette. Certains législateurs prohibent cette stipulation et la déclarent absolument nulle à l'égard des parties qui l'ont expressément admise. C'est ainsi que disposent par exemple les Codes civils français (art. 2078) et italien (art. 1884), ainsi que le règlement autrichien de la procédure civile (art 1371).

Or, à supposer qu'en Italie ou en France le propriétaire de la chose mobilière cite le créancier devant les tribunaux pour le forcer à faire vendre cette chose afin de se faire payer ensuite sur le prix, et que le créancier oppose à cette action le pacte commissoire, en vertu duquel il serait devenu légalement propriétaire du gage aux termes de la loi du lieu du contrat.

Il nous semble qu'alors, s'il n'y avait d'intéressés dans l'instance que le créancier et le débiteur, à l'exclusion des tiers, les dispositions précitées des Codes civils italien et français ne pourraient pas être utilement invoquées, pour faire déclarer le pacte nul. En effet le pacte commissoire a bien pu être interdit en matière de gage dans le système du Code italien, et mieux encore dans celui du Code français, qui n'admet pas le principe de la liberté de l'intérêt; mais on ne peut pas soutenir que le droit social et l'ordre public soient atteints, par suite de la reconnaissance d'une telle stipulation admise d'après la loi du lieu de la convention.

Il est en effet à noter que les choses mobilières, toutes les fois que le droit social (c'est-à-dire le droit des tiers) n'est pas atteint, doivent être régies, non pas par la loi du lieu de la situation de la chose, mais par celle du pays du propriétaire. Or si le propriétaire de cette chose, qui pouvait la céder inconditionnellement pour un prix quelconque, peut aux termes de la loi du contrat la vendre sous la condition que la vente ne se réalisera que dans le cas où il ne paierait pas sa dette à l'époque convenue, et s'il a consenti une telle vente, comment pourrait-on contester la valeur du contrat? Le pacte

commissoire, qui n'est qu'une vente conditionnelle, a pu être interdit par certains législateurs, pour empêcher le créancier d'abuser des conditions dans lesquelles se trouve placé le débiteur, de la même façon que la liberté de l'intérêt a été limitée dans certains codes. Etant donné toutefois le principe que les conventions doivent, en ce qui concerne les rapports des parties contractantes, être régies par la loi du lieu du contrat, et que la substance des obligations consenties par elles doit être partout respectée s'il n'en résulte aucune atteinte au droit social, il nous semble logique d'admettre que le pacte commissoire ajouté au contrat du gage doit être respecté même dans un pays où la loi déclare ce pacte nul, s'il est admis par la loi du lieu du contrat.

1228. — La solution serait différente dans le cas où les tiers seraient intéressés dans l'affaire.

En effet les meubles doivent être considérés comme soumis à la loi de la situation de la chose, toutes les fois qu'ils se trouvent effectivement en un lieu donné et qu'il s'agit de déterminer les droits qui peuvent être exercés sur eux par les tiers à l'égard de la personne qui les possède, des actions qui peuvent être introduites et des oppositions qui peuvent être formées à l'occasion de toute difficulté qui s'élève entre le possesseur de la chose et les tiers, qui ont des droits sur cette chose ou qui prétendent exercer des actions en conformité de la *lex rei sitæ.* Etant donné, par exemple, qu'en Italie un tiers créancier ait, conformément au Code Procédure, pris possession de la chose qui lui a été donnée en gage, et ait ainsi acquis un droit conformément à la loi de la situation de la chose, et étant donné que le droit de gage acquis par le premier créancier à l'aide du contrat doive être respecté de façon à ce que le paiement privilégié sur la chose donnée en gage lui soit assuré, ce créancier gagiste en vertu du contrat ne pourrait incontestablement pas s'opposer à l'instance du tiers qui poursuivrait devant les tribunaux la vente de la chose engagée, pour le motif qu'il serait devenu propriétaire de

cette chose en vertu d'un pacte commissoire légalement consenti d'après la loi du lieu du contrat.

En effet le Code civil italien (art. 1884) déclare nul tout pacte qui autorise le créancier à s'approprier le gage ou à en disposer sans y être autorisé par l'autorité judiciaire. Il est hors de doute que cette disposition a pour but la protection du droit social, c'est-à-dire les intérêts des tiers. Le législateur a voulu empêcher le créancier d'acquérir la chose en profitant des besoins de la personne qui donne cette chose en gage, pour se la faire céder éventuellement pour le montant de la somme dont elle garantissait le paiement, cela en fraude des droits des tiers, à l'égard desquels le débiteur est tenu d'accomplir ses obligations avec la garantie de tous ses biens meubles et immeubles, sans pouvoir porter aucune atteinte aux droits acquis par ces mêmes tiers. Le législateur a dès lors considéré le pacte commissoire comme immoral et sans effet juridique. En effet, bien qu'en principe on puisse admettre la vente conditionnelle et qu'on ne puisse pas considérer comme illicite de fixer le prix au moment de la conclusion de cette vente, dans l'acte même où elle est stipulée, néanmoins on doit supposer que, lorsqu'une telle vente est conclue accessoirement à une constitution de gage, le consentement du débiteur n'étant pas entièrement libre, le législateur a considéré cette stipulation comme nulle et n'a pas admis que la cession du gage consentie par le débiteur à son créancier en paiement de la dette puisse préjudicier aux tiers. C'est évidemment pour prévenir des fraudes et sauvegarder les droits des tiers, qui ont dû compter que les biens de leur débiteur commun garantiraient l'accomplissement de ses engagements, que le législateur a disposé que toute stipulation conclue entre les contractants à l'occasion de la constitution du gage devait être entendue en ce sens, que le débiteur a voulu accorder au créancier la faculté de vendre le gage d'après le droit commun pour obtenir sur le prix de vente un paiement privilégié.

1229. — L'autorité de la loi territoriale doit être consi-

dérée comme absolue en ce qui concerne les droits des tiers qui exercent des actions judiciaires sur les choses qui ont une assiette fixe, aussi bien mobilières qu'immobilières. En effet, les dispositions de cette loi doivent être considérées comme d'ordre public et comme ayant une autorité impérative *erga omnes*, parce qu'elles ont pour but la protection du droit social. Vainement dès lors en Italie on invoquerait la loi du lieu du contrat et le texte de l'article 7 des dispositions générales du Code civil italien qui soustrait les choses mobilières à l'autorité de la loi territoriale et qui au contraire les soumet à l'empire de la loi nationale de leur propriétaire, pour soutenir la validité du pacte commissoire à l'égard du gage. Même en admettant que ce pacte n'est pas défendu aux termes de la loi nationale du propriétaire de la chose donnée en gage et de celle du lieu où le contrat de gage a été stipulé, nous devrons faire observer que d'après les principes que nous avons toujours soutenus, les choses mobilières localisées sont toujours régies par toutes les dispositions de la *lex rei sitæ* qui ont pour but la protection du droit social. On ne saurait du reste considérer comme contraire la théorie du législateur italien. Si, en effet, il a, dans l'article 7, consacré la règle que « *les biens meubles sont soumis à la loi de la nation du propriétaire* », conformément à l'adage bien connu, *mobilia ossibus personæ inhærent,* il a ajouté cette restriction, « *sauf les dispositions contraires de la loi du pays où ils se trouvent* ». Le législateur italien a ainsi voulu assurer l'autorité des lois qui ont pour objet de sauvegarder le droit social même à l'égard des choses mobilières qui se trouvent en Italie. Cette idée résulte également du texte de l'article 12 des dispositions générales du Code civil italien, qui dispose que, « les « conventions privées ne peuvent pas déroger aux lois pro- « hibitives du Royaume qui concernent les biens, ni aux « lois concernant l'ordre public. »

Nous pensons, qu'étant donnés ces principes, les créanciers du débiteur commun pourront se pourvoir en justice pour faire ordonner la vente de la chose donnée en gage, et

que le juge, sous réserve du privilège du créancier gagiste sur le prix de cette vente, devra attribuer le surplus de ce prix aux autres créanciers qui y ont droit, en rejetant l'opposition du créancier gagiste, qui prétendrait que la chose donnée en gage serait entrée dans son patrimoine en vertu du pacte commissoire.

1230. — Maintenant nous allons dire un mot du gage constitué par le créancier gagiste sur la chose qui lui a été donnée en gage.

D'après certaines lois, le détenteur de la chose donnée en gage peut lui-même engager cette chose. Cette opération doit être régie par les principes que nous avons exposés à l'égard de la cession des créances, ou d'après ceux que nous avons déclarés applicables au gage, suivant qu'elle doit être considérée comme une cession ou comme un nouveau contrat de gage. Si le créancier gagiste avait cédé à un tiers, dont il serait devenu débiteur, les droits et les actions qui lui appartiennent contre son propre débiteur qui lui a donné la chose en gage, ce contrat constituerait une cession et devrait être régi par les principes exposés à l'égard de la cession des créances, des droits et des actions. Si, au contraire, les parties avaient ainsi voulu stipuler un contrat de gage sur la chose engagée, il faudrait observer les principes que nous avons exposés en ce qui concerne la constitution du gage, pour décider si et comment ce contrat peut être valable, tant à l'égard des parties contractantes qu'à l'égard des tiers.

Comme en principe il n'est pas permis au créancier de disposer du gage, sans la permission du débiteur qui le lui a constitué en garantie, et qu'au contraire, il est tenu de garder la chose engagée avec diligence, il en résulte que, s'il l'a lui-même donnée en gage, il devra être tenu de répondre du fait d'autrui. Dès lors c'est avec raison que le législateur autrichien, dans l'article 460 de son Code civil, dispose de la façon suivante : « Si le créancier a ultérieurement engagé le gage, « il sera responsable même du cas fortuit, par suite duquel

« le gage n'aurait pas péri et ne serait pas détérioré, s'il était « demeuré en sa possession ». Il faut toujours observer la loi du contrat et les principes généraux pour résoudre toute question relative à cette matière.

1231. — La chose mobilière donnée en gage pouvant être transportée par celui qui la possède dans différents pays, il en résulte, qu'outre les questions que nous venons d'exposer et qui concernent les rapports entre le débiteur qui a consenti le gage et le créancier gagiste, et entre ce dernier et les autres créanciers, il peut s'en présenter d'autres. Il peut arriver, par exemple, que le créancier soit dépossédé par un tiers de la chose qui lui a été donnée en gage, ou que cette chose soit tombée en la possession d'un tiers possesseur de bonne ou de mauvaise foi.

Dans ces circonstances, il faudra appliquer les règles que nous avons posées plus haut à l'égard des actions possessoires.[1]

Il pourrait arriver que le créancier perdît la chose donnée en gage, ou qu'il en fût dépouillé par un vol. Il pourrait aussi se faire que le débiteur ou le tiers eussent donné en gage une chose qui ne leur appartenait pas, et que le propriétaire revendiquât cette chose.

On devrait alors appliquer les principes relatifs à l'action en revendication et au droit de rétention, et que nous avons exposés sous les § § 781 et suivants et 847 et suivants. On devrait en outre tenir compte du fait, que le créancier gagiste doit à l'égard du propriétaire de la chose être considéré comme un possesseur à titre précaire, c'est-à-dire comme un possesseur de la chose au nom d'autrui.[2] Toutefois on doit, en vertu du contrat, reconnaître à ce créancier le droit réel qu'il a acquis sur la chose, droit limité à l'exercice du privilège dérivant du contrat de gage.

[1] Voir Livre III, ch. II, Partie spéciale §§ 773 et suiv.

[2] Compar. les articles 2115 Code civ. italien, 1462 C. civ. autrichien et 2236 C. civ. français.

Ce que nous venons de dire a trait au gage civil : nous étudierons, dans une partie spéciale relative au droit commercial international, les questions particulières concernant le gage commercial. Nous examinerons alors les lois et règlements spéciaux concernant les établissements autorisés à faire des avances sur gage.

CHAPITRE XI

DU CONTRAT D'ANTICHRÈSE.

1232. — Le contrat d'antichrèse se distingue nettement du contrat de gage, parce qu'il résulte d'une convention *sui generis*, qui est régie par des principes distincts de ceux applicables au gage. Par ce contrat, le débiteur accorde au créancier le droit de s'approprier les fruits de l'immeuble qui appartient au premier, sauf l'obligation de les imputer annuellement d'abord sur les intérêts (s'il lui en est dû) et ensuite sur le capital de la créance.

Cette convention établit une garantie réelle de la créance, et à ce point de vue on peut admettre qu'elle a quelque chose de commun avec le gage pris dans son sens strict et avec l'hypothèque, qui ont également pour effet de créer une garantie réelle de la créance. Toutefois, ainsi que nous l'avons déjà dit, ces trois opérations juridiques doivent être considérées comme bien distinctes. En effet le gage est un droit sur la chose mobilière remise au créancier; l'hypothèque est le droit sur la chose immobilière non livrée au créancier; l'antichrèse est le droit sur la chose immobilière remise au créancier, et dont il peut s'approprier les fruits tant qu'elle demeure en sa possession.

Nous avons déjà parlé de l'antichrèse et démontré qu'elle doit être régie par la loi du lieu de la situation, il est donc

inutile que nous revenions sur cette question.[1] Il nous suffira de noter à l'appui de ce que nous avons déjà dit que, s'agissant de droits et d'actions concernant une chose immobilière, quelle que soit la loi du lieu sous l'empire de laquelle les parties ont conclu le contrat, les actions réelles qui en dérivent ne peuvent être valablement exercées à l'égard de la chose immobilière située dans un autre pays, qu'en conformité de la loi de la situation de la chose.

1233. — Etudions par exemple la valeur du contrat d'antichrèse d'après le Code civil italien qui, excluant tout droit réel, admet seulement que ce contrat crée entre le débiteur, le créancier et leurs héritiers un simple rapport personnel. Dans ce système, il pourrait sembler que, s'agissant de rapports personnels, tout pourrait dépendre de la loi du lieu du contrat sous l'empire de laquelle les parties se sont obligées. Néanmoins, comme la validité du contrat dépend du fait de la possession, les droits résultant des rapports contractuels doivent être régis quant à leur efficacité par la loi italienne. En effet, comme la possession de l'immeuble doit être déterminée d'après la loi de sa situation, les actions qui dérivent de cette possession doivent être régies par cette même loi.

Pour mieux expliquer notre idée, supposons que le débiteur ait conclu un contrat d'antichrèse avec deux créanciers en leur attribuant à tous deux le droit de s'approprier les fruits de son immeuble et d'en jouir jusqu'au paiement de leurs créances en intérêts et capital. Etant donné qu'il ait mis en possession de l'immeuble le second des créanciers, l'autre pourrait-il contraindre celui-ci à lui livrer l'immeuble, pour le motif que les contrats doivent produire effet entre les parties contractantes suivant les rapports personnels établis entre elles, et que son droit de s'approprier les fruits en vertu du contrat d'antichrèse étant antérieur, il devrait être préféré à l'autre créancier ?

[1] Voir suprà, le chapitre du *Gage et de l'Antichrèse*, § 929 et suiv.

Dans une telle hypothèse, quelle que fût la loi du lieu du contrat et quels que pussent être d'après elle les rapports contractuels des parties, la convention ne pourrait pas avoir pour résultat de modifier les conséquences de la prise de possession en Italie. Par conséquent le second créancier invoquerait utilement la loi italienne, pour faire sauvegarder sa possession actuelle de l'immeuble donné en antichrèse et livré d'une façon effective par le débiteur. Bien que son contrat fût postérieur, comme il aurait été mis légalement en possession par le propriétaire, il pourrait invoquer la loi de la situation de la chose en tant qu'elle régit les rapports résultant de la possession et l'exercice des actions possessoires, pour repousser l'action de l'autre créancier et pour sauvegarder sa possession.

Le premier contractant pourrait certainement invoquer la loi du lieu du contrat pour faire condamner le débiteur, qui ne pourrait pas remplir à son égard l'obligation de lui livrer la chose donnée en antichrèse, à la réparation du dommage ainsi causé. Il ne pourrait toutefois exercer aucune action contre le possesseur, parce que d'après la loi de la situation de la chose le contrat d'antichrèse ne peut attribuer aucun droit réel. Il ne pourrait non plus exercer aucun recours contre le propriétaire pour l'exécution directe du contrat d'antichrèse, parce que celui-ci, ayant exécuté le contrat conclu avec le second créancier et l'ayant mis en possession de la chose donnée en antichrèse, ne saurait conférer de nouveau cette possession. C'est qu'en effet ce créancier peut, en vertu du contrat et des dispositions de la loi de la situation de la chose, repousser tout trouble à sa possession et a le droit d'être maintenu dans sa possession et de s'approprier les fruits jusqu'au paiement intégral de sa créance.

On applique encore avec plus de raison les mêmes principes dans l'hypothèse où il existe une opposition de droits entre la personne qui est entrée en possession de l'immeuble en vertu du contrat d'antichrèse conclu à l'étranger et l'individu qui a acquis un droit sur cette même chose comme acheteur ou

comme créancier hypothécaire, l'autorité de la loi de la situation de la chose étant plus certaine et plus évidente à cet égard.

1234. — Il nous semble que nous avons mis en lumière l'idée que nous avions déjà énoncée, que le contrat d'antichrèse, pour ce qui est de son efficacité et des actions immobilières qui en peuvent résulter à l'égard de l'immeuble qui en fait l'objet, doit être régi par la loi de la situation de la chose. Par conséquent, pour toutes les difficultés relatives à l'autorité de la loi régulatrice, nous renverrons à ce que nous avons dit plus haut à ce sujet (§ 929 et suiv.).

CHAPITRE XII

DU CONTRAT DE CAUTIONNEMENT.

1235. Du contrat de cautionnement et des rapports qui en résultent. — 1236. De la loi qui doit régir le cautionnement légal et le cautionnement judiciaire. — 1237. Distinction au sujet des rapports résultant du cautionnement pour déterminer la loi régulatrice. — 1238. Comment peut être appliquée la règle *locus regit actum*. — 1239. Loi qui doit régir la nature et le caractère de l'acte et les effets du cautionnement.— 1240. Loi qui doit régir la substance du rapport contractuel. — 1241. De l'obligation de la caution et de la loi qui doit régir les actions et les exceptions qui la concernent. — 1242. Effets du cautionnement dans les rapports avec le débiteur cautionné. — 1243. Ses effets dans les rapports entre plusieurs cautions.

1235. — Le contrat de cautionnement consiste dans la convention par laquelle une personne prend à l'égard du créancier l'engagement d'accomplir l'obligation du débiteur, si celui-ci ne la remplit pas lui-même.

Les rapports qui dérivent de ce contrat ne sont pas les mêmes que ceux résultant de la convention par laquelle un individu s'engage envers un autre en lui promettant le fait d'un tiers. Celui qui promet le fait d'autrui est un débiteur principal, qui contracte une obligation envers celui auquel il a fait la promesse ; mais le rapport contractuel demeure limité entre la personne qui promet le fait d'autrui et le créancier à qui cette promesse a été faite. En vertu de ce rapport, la personne qui promet est obligée, et si elle n'obtient pas du tiers l'accomplissement du fait stipulé, elle peut être tenue d'indemniser celui envers qui elle s'est obligée; mais le tiers, étant resté complètement étranger à la convention, n'est lié

ni envers le créancier, ni envers le débiteur. C'est là le cas prévu par les articles 1119 et 1120 du Code civil français [1], qui disposent que personne ne peut stipuler et s'obliger qu'en son propre nom et pour soi-même, mais que néanmoins quelqu'un peut s'obliger à l'égard d'une autre personne en promettant le fait d'un tiers. Cette promesse donne seulement droit à une indemnité en faveur de celui au profit duquel a été faite la promesse, si le tiers refuse de ratifier la promesse ou de remplir l'obligation.

Au contraire le contrat de cautionnement donne naissance à des rapports contractuels entre le créancier et la caution et entre cette dernière et le débiteur principal, de la part duquel on peut supposer qu'il intervient un mandat exprès ou tacite, suivant que le cautionnement a été fourni à la demande du débiteur, ou à sa connaissance pour lui être utile. En l'absence de l'une ou l'autre de ces deux circonstances, on doit tout au moins admettre l'existence entre le débiteur et la caution du rapport qui résulte de la gestion d'affaires.

1236. — Le cautionnement peut aussi résulter de la loi, et dans certains cas être imposé par le magistrat. Le cautionnement légal existe quand le législateur impose comme condition de l'exercice de certains droits, l'obligation de fournir une garantie. Ainsi, par exemple, la personne qui demande à être envoyée en possession provisoire des biens d'un absent, est tenue de fournir un cautionnement pour garantir son administration (art. 120 C. civ. français et 26 C. civ. italien). De même l'étranger qui veut faire valoir en France ses droits en justice est tenu de fournir auparavant la *cautio judicatum solvi*. Egalement, l'usufruitier est tenu de fournir caution de jouir en bon père de famille, s'il veut exercer en France ou en Italie son droit d'usufruit, quand il n'en est pas expressément dispensé par le titre (art. 601 C. civ. français et 497 C. civ. italien).

[1] Les articles 1128 et 1129 du Code civil italien sont conformes.

Cette sorte de cautionnement est nécessaire en ce sens qu'elle est imposée par la loi, et elle ne rentre pas dans le cadre de notre présente étude, qui a pour objet le cautionnement conventionnel ou consensuel. Il est clair du reste qu'il doit dépendre exclusivement de la loi sous l'empire de laquelle prend naissance le fait juridique, ou sous l'empire de laquelle on veut commencer l'opération pour laquelle la loi exige la caution.

Nous ne nous occuperons pas non plus du cautionnement qui peut être imposé par le juge et qui doit être régi par les principes concernant la procédure judiciaire, *ordinatoria litis.*

1237. — Nous entendons traiter exclusivement du cautionnement conventionnel qui résulte du contrat, et nous nous proposons de déterminer la loi qui doit régir les rapports qui en dérivent.

Nous dirons tout d'abord que le cautionnement conventionnel, qu'il soit antérieur ou postérieur au contrat conclu entre le débiteur et le créancier, peut toujours être considéré comme une opération par elle-même distincte, en ce sens qu'il n'existe et ne devient effectif qu'en vertu du contrat qui intervient entre la caution et le créancier. A ce point de vue, il doit être considéré comme une convention distincte de celle conclue entre le créancier et le débiteur. Même dans le cas où ce dernier se serait engagé par le contrat principal à fournir une sûreté au moyen d'une caution, le cautionnement conclu postérieurement devrait toujours être regardé comme une opération distincte, qui résulte de l'engagement volontaire de la caution. Celle-ci devrait en effet être considérée comme un tiers en ce qui concerne la promesse de cautionnement, et ne pourrait jamais être tenue comme obligée qu'après qu'elle se serait engagée d'une façon effective et actuelle à garantir le paiement de la créance. Toutefois comme l'objet du cautionnement consiste à assurer l'accomplissement de l'obligation du débiteur, la caution s'engageant à cet accomplissement à défaut du débiteur, il est clair que l'engagement de la caution est accessoire à celui du débiteur principal et

qu'il ne peut exister qu'en cas d'existence de l'obligation principale ; qu'il ne peut être supérieur au montant de l'engagement du débiteur, et qu'il doit suivre le sort de l'obligation principale et être éteint quand celle-ci est éteinte. En un mot, comme l'objet du cautionnement se résume dans l'accomplissement de l'obligation du débiteur quand celui-ci ne l'accomplit pas, le cautionnement manquerait de cause s'il pouvait exister quand l'obligation principale n'existe plus.

Etant donnée la distinction que nous venons d'établir, il est facile de déterminer la loi qui doit régir le cautionnement et tous les effets qui en résultent. Considéré comme opération distincte, il doit être soumis à l'autorité des règles, qui s'appliquent à tous les autres contrats nés sous l'empire d'une loi donnée. D'autre part, comme l'obligation de la caution est un engagement accessoire à celle du débiteur principal, et que l'objet d'un tel engagement consiste dans l'accomplissement de l'obligation principale contractée par le débiteur lorsqu'il ne la remplit pas, toute question relative à la substance de l'obligation doit dépendre de la loi qui doit régir l'obligation principale et ses effets.

1238. — A part la capacité des personnes qui peuvent valablement s'engager comme caution, qui doit dépendre du statut personnel,[1] il faut en matière de cautionnement appliquer la règle *locus regit actum* pour tout ce qui concerne la forme et la validité de l'acte.

Par conséquent, s'il s'agit d'un contrat de cautionnement conclu en Italie, on ne peut pas admettre de rapport contractuel, s'il n'y a pas eu de manifestation expresse de volonté de donner caution conformément aux dispositions de l'article 1902 du Code civil. Toutefois, comme les obligations

[1] Tous ceux qui sont incapables de contracter d'après leur loi personnelle, les interdits, les individus pourvus d'un conseil judiciaire, les femmes mariées, ne peuvent pas valablement se porter caution. On devra par conséquent décider d'après la loi qui doit régler les rapports de famille, quelle est la valeur de l'obligation personnelle de la femme qui a cautionné l'obligation contractée par son mari.

personnelles peuvent être établies, tant par un acte écrit que par tous les modes de preuves admis par la loi, on devra à l'égard du cautionnement conclu en Italie, appliquer les règles générales du Code civil relatives à la preuve des contrats, même si le cautionnement a pour objet la garantie d'une obligation principale contractée dans un autre pays.

On devra, pour la même raison, résoudre d'après la loi italienne toute difficulté relative à la valeur juridique de certains actes, qu'on prétendrait constituer un cautionnement. Etant donné, par exemple, qu'un représentant de maisons étrangères conclue des conventions au nom de ses commettants et qu'un tiers donne des renseignements sur la solvabilité du débiteur, ou affirme cette solvabilité, et qu'on prétende que cette affirmation constitue un cautionnement, la valeur juridique de l'acte devra être déterminée d'après les dispositions de la loi italienne, en vertu de la règle *locus regit actum* et de celle consacrée par l'article 1902 du Code civil italien.

La règle *locus regit actum* sera en outre appliquée dans le cas d'un cautionnement consenti en Italie, pour déterminer la valeur d'une garantie indéterminée ou supérieure au montant de la créance, garantie qui serait valable seulement dans les limites du montant de l'obligation principale, conformément aux dispositions de l'article 1900 du Code civil.

1239. — On devrait décider d après la même règle dans le cas précité, si le cautionnement perdrait son caractère et sa nature par suite de la circonstance qu'on aurait consenti un salaire à la caution, en échange de sa garantie. Pothier enseigne que le cautionnement implique toujours un bénéfice pour le débiteur, ce qui fait que certains auteurs en ont conclu que le cautionnement est un contrat de bienfaisance. Certainement, étant donnés les effets de cautionnement à l'égard du créancier, il peut être classé parmi les contrats de bienfaisance, en ce sens qu'il a pour résultat de rendre le paiement de la dette plus certain, sans que le créancier en

échange assure aucun avantage à la caution. Il est vrai toutefois, qu'en l'absence d'un cautionnement, il n'aurait pas contracté avec le débiteur principal. De toute façon, on doit admettre que la caution rend au créancier un service gratuit et que le cautionnement perdrait son caractère si, pour l'obtenir, le créancier promettait une compensation à la caution en échange du risque qu'elle court : le cautionnement deviendrait une assurance stipulée en faveur du créancier. Toutefois, dans les rapports entre la caution et le débiteur, rien ne s'oppose à ce que celui-ci s'engage à payer une rétribution en échange de la garantie : un tel engagement, d'après la loi italienne, ne changerait pas le caractère du contrat de cautionnement.

Il faudra toujours décider d'après la loi du lieu où la convention a été conclue si l'acte constitue un cautionnement et si, en raison des circonstances de fait,il doit être considéré comme ayant perdu le caractère et la nature de ce contrat.

De même la question de savoir si l'obligation dérivant du cautionnement doit ou non être dévolue à l'héritier de la caution doit être décidée d'après la loi qui régit la transmission des droits et des obligations de l'héritier à titre universel.

De même, si les créanciers de la caution voulaient attaquer le contrat comme leur préjudiciant et fait en fraude de leurs droits, on devrait appliquer la loi qui doit régir l'exercice des actions auxquelles peuvent donner naissance les rapports des créanciers et du débiteur. A supposer qu'une telle action soit régie par la loi italienne, comme par suite des raisons que nous venons d'exposer, le contrat dans les rapports de la caution et du créancier ne pourrait pas être considéré comme conclu à titre onéreux, il devrait suffire de prouver la fraude de la caution pour obtenir la révocation du cautionnement consenti par elle.[1]

Nous concluons donc que le cautionnement conventionnel, en tant qu'il peut être considéré comme une opération exis-

[1] Compar. art. 1167, C. civ. français.

tant par elle-même et distincte, doit être soumis aux mêmes règles que tout autre rapport contractuel et, qu'à part la capacité du garant pour ce qui concerne la forme, la nature, la substance et l'efficacité du cautionnement, on doit appliquer la règle *locus regit actum.*

1240. — Nous allons examiner la substance du rapport contractuel et déterminer la loi qui doit la régir.

Nous avons déjà dit que l'engagement de la caution est une obligation accessoire à celle du débiteur principal et que par conséquent il doit en suivre le sort. Il en résulte clairement que la substance de l'obligation de la caution doit être déterminée d'après la loi qui doit régir celle du débiteur principal.

Par conséquent, si le cautionnement a été consenti dans un autre pays que l'obligation principale, on devra décider d'après la loi qui doit régir cette obligation si la dette existe, si elle est de nature à pouvoir être garantie, et quelle en est l'étendue ainsi que la valeur.

Etant donné le principe que la substance de l'obligation accessoire consiste dans l'obligation du débiteur principal, quand on n'a pas expressément déclaré qu'on voulait limiter le cautionnement à une partie de la dette, comme cette obligation doit toujours suivre le sort de l'obligation principale, il en résulte clairement que le cautionnement doit être régi par la loi qui régit l'engagement principal, conformément à la règle de Droit, « *Cum causa principalis non consistit, ne ea quidem quæ sequuntur locum habent* ».[1] On devra par conséquent décider d'après cette loi si le cautionnement doit ou non être réputé soumis à quelque condition. Même lorsque la caution s'est engagée purement et simplement, si, d'après la loi sous l'empire de laquelle le débiteur principal a stipulé, l'obligation principale est conditionnelle, il en sera de même du

[1] L. 178, Dig., *De reg. jur.*

cautionnement. On doit par conséquent décider d'après la loi du lieu du contrat principal, quand la condition peut être considérée comme réalisée, quelle est la valeur de l'obligation dans la période antérieure à la réalisation de la condition, si l'engagement de la caution subsiste ou doit être considéré comme éteint à la suite de l'extinction de l'obligation principale, par confusion, novation ou autrement, ou s'il doit être considéré comme inexistant ou nul, par suite de l'inexistence ou de la nullité de l'obligation principale. Par conséquent si, aux termes de la loi sous l'empire de laquelle a été contractée l'obligation principale, on admet l'action en annulation uniquement dans l'intérêt de l'incapable, et si cette action laisse subsister le cautionnement comme, par exemple, suivant la loi italienne qui admet le cautionnement de la dette du mineur, l'engagement accessoire devra être réputé valable. En effet on doit toujours décider d'après la loi régulatrice de l'obligation principale quand l'engagement accessoire doit être réputé ou non valable, et quelles sont les obligations susceptibles d'être cautionnées. [1]

1241. — Maintenant nous allons nous occuper des effets du cautionnement.

L'obligation de la caution est une obligation personnelle. Toutefois, comme les droits et les actions que le créancier acquiert à l'égard de la caution doivent être déterminés d'après la loi qui doit régir le contrat principal, il ne peut être question d'appliquer pas plus la loi du lieu où le cautionnement a été fourni (dans le cas où il aurait été convenu et fourni dans des pays différents), que celle du domicile de la caution; mais il faut se reporter à la loi qui doit régir la substance de l'obligation. Cette loi est par conséquent applicable

[1] L'article 1899 du Code civil italien est ainsi conçu : « Le cautionnement « ne peut exister que pour une obligation valable ; ce nonobstant on peut « fournir le cautionnement, qui ne peut être annulé en vertu d'une « exception purement personnelle pour l'obligé, comme dans le cas de « minorité. »

au bénéfice de discussion ou d'ordre admis ou non d'après les différentes législations.

Suivant le droit en vigueur avant la novelle IV de Justinien, le créancier pouvait exiger de la caution le paiement de ce qui lui était dû, sans être tenu de s'adresser d'abord au débiteur principal.

« *Jure nostro*, dit Antonin Caracalla, *est potestas creditori*, « *relicto reo, eligendi fidejussores, nisi inter contrahentes aliud* « *placitum doceatur* ».[1]

Les empereurs Dioclétien et Maximien ont décidé de même. Justinien au contraire a accordé aux cautions l'exception, en vertu de laquelle elles pouvaient repousser l'action du créancier en le renvoyant à discuter d'abord le débiteur principal.[2] Les législations modernes ont consacré des règles différentes en cette matière. L'article 1355 du Code civil autrichien est ainsi conçu :

« En principe la caution ne peut être citée qu'après que le « débiteur principal, à la suite d'une interpellation judiciaire « ou extrajudiciaire du créancier, n'a pas rempli son obliga- « tion ». Le législateur italien admet aussi le bénéfice de discussion ou d'ordre, en ce sens toutefois que la caution n'est tenue de payer le créancier qu'à défaut du débiteur principal, qui doit préalablement être discuté. Il n'impose cependant pas au créancier l'obligation d'exercer d'abord son action contre le débiteur avant de s'adresser à la caution, mais il permet à celle-ci de répondre aux premiers actes de la poursuite dirigée contre elle, en demandant au créancier de discuter d'abord le débiteur principal.[3]

Boullenois considérait le bénéfice de discussion comme une exception personnelle contre l'action et était d'avis que cette exception devait être régie par la loi du domicile de la personne. Il enseignait cependant que, si la loi du lieu du

[1] L. 5, VIII, 41.
[2] Nov. IV, ch. I.
[3] Art. 1907, 1908 et 1909 du Code civil italien.

contrat admettait ce bénéfice, celui qui doit payer pouvait s'en prévaloir, même lorsqu'il n'était pas reconnu par la loi du domicile, par le motif qu'on doit préférer la loi la plus favorable au débiteur [1].

Pour nous, au contraire, nous pensons que tout doit dépendre de la loi qui doit régir la substance de l'obligation. En effet le bénéfice de discussion rentre dans la valeur et l'étendue de l'obligation contractée par la caution, et, comme le droit du créancier à l'encontre de l'obligé a la même étendue que l'action qu'il peut exercer contre celui-ci, il est clair que c'est la loi qui doit régir la substance de l'obligation qui doit aussi régir les actions et les exceptions qui en dérivent. C'est donc d'après cette loi que doivent être déterminées les exceptions que la caution peut invoquer.

1242. — A l'égard des effets du cautionnement entre le débiteur garanti et la caution, nous ferons observer que la règle *locus regit actum* doit être appliquée en tant que le contrat de cautionnement peut être considéré comme une opération distincte. Que le cautionnement ait été fourni du consentement tacite ou exprès du débiteur, ou à son insu, les rapports entre lui et la caution doivent toujours être régis par cette règle, parce qu'en réalité il s'agit soit d'un mandat, soit d'une gestion d'affaires. C'est ainsi que doit être déterminée l'étendue de tout droit de la caution à l'encontre du débiteur en vertu du contrat de cautionnement, et par conséquent c'est d'après cette règle qu'on doit résoudre la question de savoir si la caution a le droit d'exiger les intérêts de toutes les sommes payées pour le compte du débiteur et à partir de quelle époque doivent courir ces mêmes intérêts; celle relative aux frais qui peuvent être réclamés et aux dommages et intérêts; celle relative aux circonstances dans lesquelles la caution peut agir contre le débiteur pour être remboursée par lui. En somme, tout doit être déterminé suivant la loi du

[1] Boullenois, *De la personnalité de la réalité*, T. II. p. 463, 475-476.

lieu où les rapports juridiques existant entre le débiteur et la caution ont pris naissance au moyen de l'administration du cautionnement. On doit décider de même à l'égard des causes d'extinction de tout droit. En un mot, il faut appliquer les règles du mandat et de l'*actio mandati vel contra* ou de la gestion d'affaires.

Cependant, comme la caution peut se prévaloir du droit de subrogation légale dans tous les droits du créancier contre le débiteur au moment où elle a payé pour lui, ce droit doit être régi entièrement par la loi applicable à la substance de l'obligation principale et de l'obligation accessoire et on ne pourrait pas appliquer à l'exercice de ce droit la règle *locus regit actum*. Il doit en être ainsi, soit qu'il s'agisse de décider si on doit ou non admettre la subrogation légale, soit qu'il s'agisse de déterminer les droits et les actions dans lesquelles la caution peut être subrogée et les restrictions qui doivent être faites à l'exercice de ces droits et de ces actions pour sauvegarder les intérêts des tiers.

Il est clair que la subrogation légale ayant lieu en vertu de la loi appelée à régler le fait juridique en vertu duquel elle est accordée, elle ne peut dès lors résulter que de la loi qui doit régir ce fait juridique. Nous avons démontré en effet, que le cautionnement, en tant qu'obligation accessoire avec tous les droits et obligations de la caution, doit être régi par la loi du lieu du contrat principal et non par celle du pays où le cautionnement a été consenti, ou par celle du domicile de la caution.

1243. — Les effets du cautionnement à l'égard de plusieurs cautions doivent également être régis d'après les mêmes principes. Dès lors les effets résultant de l'opération juridique réalisée par plusieurs personnes qui ont garanti la même dette, en tant que cette opération peut être considérée comme distincte du contrat principal, doivent être soumis à l'empire de la règle *locus regit actum*; quant aux autres effets, on devra leur appliquer la loi du lieu du contrat principal.

CHAPITRE XIII

DU CONTRAT DE JEU ET DU PARI.

1244. Du contrat de jeu d'après les législations modernes. — 1245. Comment les lois relatives au jeu s'appliquent même aux étrangers. — 1246. Autorité de la loi qui interdit le prêt pour jouer dans l'hypothèse où les joueurs sont étrangers. — 1247. Cas où les joueurs appartiennent au même Etat: autorité du statut personnel. — 1248. Des opérations relatives au jeu. — 1249. Autorité de la loi qui interdit les loteries étrangeres. — 1250. Cas où le billet de loterie a été vendu dans un pays étranger où cette vente n'était pas interdite. — 1251. Notre opinion sur l'action judiciaire ayant pour base un billet de loterie acquis à l'étranger. — 1252. Examen de l'opinion contraire et de la jurisprudence.

1244. — Le contrat de jeu est au nombre des contrats dits de hasard ou aléatoires, classification qui comprend toutes les conventions en vertu desquelles l'avantage pour les deux contractants ou pour l'un d'eux dépend d'un événement incertain. Tels sont le contrat d'assurance, le prêt à tout risque, le jeu, le pari et le contrat de rente viagère.

Le contrat de jeu consiste dans la convention faite entre deux joueurs, par laquelle ils stipulent que le perdant paiera au gagnant une certaine somme d'argent, ou une autre chose déterminée. Ce contrat est aléatoire et bilatéral, car, bien que le gagnant reçoive la somme ou la chose convenue sans payer aucun équivalent, il ne la reçoit cependant pas gratuitement, mais en échange du risque qu'il a couru de payer la même somme ou de livrer la même chose, si l'autre partie avait gagné.

Le jeu a été sévèrement interdit par les législateurs de

divers pays et notamment par le législateur romain. Le jurisconsulte Paul mentionne un sénatusconsulte qui défendait de jouer à n'importe quel jeu, sauf à ceux qui avaient pour but les exercices corporels et qui pouvaient être utiles à la préparation de la guerre.[1]

Les mêmes idées ont prévalu dans les législations modernes. Le législateur italien reconnaît la validité de l'obligation contractuelle à l'égard des seuls jeux qui contribuent au développement corporel; mais lorsque la somme engagée dans ces jeux peut paraître excessive, l'autorité judiciaire peut rejeter la demande (art. 1803 C. civ. italien). En ce qui concerne les autres jeux, le législateur italien n'accorde aucune action au gagnant pour obtenir du perdant la somme perdue ou qui a fait l'objet d'un pari. Toutefois il dispose que le perdant ne peut jamais réclamer ce qu'il a volontairement payé, pourvu qu'il n'y ait eu de la part du gagnant aucune fraude ni aucun dol, et pourvu que le perdant ne soit ni mineur, ni interdit, ni pourvu d'un conseil judiciaire.

1245. — La question des rapports du contrat de jeu avec le Droit étranger peut se présenter, soit lorsque les joueurs sont étrangers, soit lorsque l'action en vue de contraindre le perdant à payer la dette de jeu est exercée dans le pays où il se trouve et où est en vigueur une loi différente.

Il est évident que les lois qui interdisent le jeu intéressé ont pour but de prévenir les périls sociaux qui peuvent résulter d'une spéculation immorale, et que par conséquent on ne saurait contester l'autorité territoriale de ces lois à l'encontre de tous les individus qui entendent accomplir les faits qu'elles prohibent, et qu'on ne pourrait faire aucune distinction entre les citoyens et les étrangers, ni tenir compte de la conformité ou de la diversité des lois de leurs pays. En

[1] *Senatusconsultum vituit in pecuniam ludere; prœterquam si quis certet hasta vel pilo jaciendo, vel currendo, saliendo, luctando, pugnando, quod virtutis causa fiat* (l,2, § 1, Dig, *De aleatoribus*, XI, 5).

effet les lois de police et celles qui ont pour but direct la protection de l'ordre public et des bonnes mœurs ont toujours une autorité impérative sur le territoire, et par conséquent obligent tous les individus qui s'y trouvent. Le législateur italien, ayant disposé d'une façon absolue dans l'article 1802 du Code civil que, « la loi n'accorde aucune action pour le « paiement d'une dette de jeu ou de pari », il en résulte que, si même les deux joueurs sont des étrangers dont la loi nationale n'exclut pas une telle action, le gagnant ne pourra jamais actionner le perdant devant les tribunaux italiens. Ceux-ci ne pourraient pas connaître d'une telle demande, parce que le législateur déclare l'action par elle-même irrécevable, et que, d'après les principes généraux du Droit et ceux consacrés dans l'article 12 des dispositions générales du Code civil italien, il n'est pas permis d'invoquer les lois étrangères pour déroger aux lois territoriales prohibitives qui concernent d'une façon quelconque l'ordre public et les bonnes mœurs. Il en serait de même en France, aux termes des articles 1965 et 1966 du Code civil combinés avec les articles 3 et 6 du même code.

On doit résoudre d'après les mêmes principes, toute question relative aux faits connexes au jeu.

1246. — Le Code portugais dispose de la façon suivante, dans l'article 1542 : « Les dettes de jeu ne peuvent pas être « réclamées en justice... La restitution de l'argent prêté pour « un jeu de hasard au moment même du jeu ne peut pas être « réclamée. » Si dès lors on suppose que deux Italiens aient joué dans un pays où le Code portugais se trouve en vigueur, et qu'un tiers étranger au jeu, et également italien, ait prêté à l'un des joueurs de l'argent pour jouer, ce tiers ne pourrait pas invoquer la loi italienne pour exercer devant les tribunaux italiens l'action en répétition de la somme prêtée. Bien qu'il s'agisse dans notre hypothèse de citoyens appartenant tous au même pays, et qu'aux termes des principes généraux du Droit on puisse soutenir qu'en ce qui concerne leurs obli-

gations personnelles il ne puisse pas leur être interdit d'invoquer l'autorité de leur statut personnel, cependant étant donné que la loi qui refuse l'action en justice pour une dette de jeu a pour but de protéger le droit, les intérêts sociaux et la morale publique, et qu'on ne saurait en contester l'autorité territoriale *erga omnes*, il en résulte que l'action judiciaire devrait être refusée à tous les étrangers indistinctement, aussi bien qu'aux citoyens portugais. Il ne s'agirait pas en effet de déterminer l'autorité de la loi en ce qui concerne l'obligation personnelle et la validité juridique de cette obligation. On pourrait à cet égard soutenir que, s'agissant d'Italiens, l'opération juridique à laquelle ils auraient participé devrait, pour ce qui concerne leurs rapports obligatoires, être régie par la loi italienne, et qu'aux termes de cette loi l'individu qui aurait emprunté une somme d'argent pour parier ou jouer serait tenu de la restituer à celui qui la lui aurait prêtée, et que ce dernier pourrait l'y contraindre judiciairement.

En effet le législateur italien ne permet pas que les rapports résultant du jeu ou du pari puissent former l'objet d'un contrat valable entre ceux qui jouent ou qui parient, et par conséquent refuse toute action judiciaire pour assurer l'exécution des obligations pouvant naître de tels rapports. Toutefois le Code italien, pas plus que le Code français, ne contient aucune disposition analogue à l'article 1542 du Code portugais. Aussi les juristes italiens[1] soutiennent que celui qui a prêté une somme d'argent pour jouer peut exercer l'action en répétition de cette somme, parce que le contrat ne peut pas être qualifié nul, comme fondé sur une cause illicite. Celui en en effet qui prête de l'argent pour jouer ne contracte pas pour une cause illicite, puisque la loi ne défend à l'emprunteur ni de jouer, ni de parier, pas plus que de payer volontairement sa dette de jeu. Si donc le prêteur est complètement étranger au jeu, de façon à ne pouvoir pas être considéré comme y

[1] Voir Mirabelli, *Contratti speciali*; *Del giuoco*, § 12.

participant et comme y étant intéressé, l'opération juridique intervenue entre lui et l'individu qui lui a emprunté pour jouer ne peut pas être considérée comme concernant le jeu et les dettes de jeu. Ainsi que le dit fort justement Zachariæ,[1] on doit considérer comme dettes de jeu celles qui résultent directement d'un convention de jeu ou de pari, mais non les obligations contractées pour se procurer les ressources nécessaires pour jouer ou parier. Toutefois, il en serait autrement si le prêt émanait du joueur; alors, comme le fait observer Troplong, le prêt se confondrait avec le jeu lui-même, parce qu'il servirait à alimenter la passion du joueur et à satisfaire celle du prêteur [2].

1247. — De tout cela on peut conclure que, le rapport contractuel étant valable d'après la loi italienne qui régit les obligations personnelles contractées par les Italiens qui ont contracté sous l'empire du Code portugais, on peut admettre dans notre espèce l'obligation civile de celui qui a emprunté pour parier ou pour jouer. Néanmoins l'action judiciaire ne pourrait pas être exercée devant les tribunaux du Portugal, parce que la loi de ce pays en interdit l'exercice pour des raisons d'intérêt social et d'ordre public. Mais rien ne s'opposerait à l'introduction de la demande devant les juges italiens, puisque à l'égard des personnes qui appartiennent au même Etat, la substance des obligations doit être régie par leur loi nationale, dans notre cas la loi italienne, d'après laquelle l'engagement serait valable.

Toutefois la solution de cette question serait toute différente si les parties étaient portugaises. Si alors le tiers, qui aurait prêté de l'argent pour jouer en Italie, réclamait le montant de son prêt devant les tribunaux italiens, son action ne serait, d'après nous, pas plus recevable devant ceux-ci que devant les juges portugais. En effet, aux termes de l'ar-

[1] Zacchariæ, *Cours de Droit civil français*, par Aubry et Rau, § 386; Compar. Colmar 20 janvier 1841, *Sirey*, 1842, 2, 492.

[2] Troplong, *Des contrats aléatoires*, n°s 66 et suiv.

ticle 9 des dispositions générales du Code civil italien, la substance et les effets des obligations étant réglés par la loi nationale des contractants lorsque ceux-ci ont la même nationalité, la demande devrait être rejetée, parce qu'aux termes de la loi portugaise le contrat devrait être réputé nul comme ayant une cause illicite.

De ce que nous venons de dire, il résulte qu'on peut admettre l'autorité du statut personnel à l'égard des obligations ayant pour cause le jeu ou le pari, quand les contractants appartiennent au même Etat, et lorsqu'il s'agit uniquement de décider si le rapport contractuel existe ou non : si l'obligation résultant de la dette de jeu peut être réputée civile ou naturelle : si on peut ou non considérer comme civilement obligatoire le prêt fait pour permettre de jouer ou de parier. Mais, en ce qui concerne les actions en paiement des dettes résultant du jeu ou du pari, il faut toujours appliquer la loi territoriale, dont on doit considérer l'autorité comme absolue et impérative *erga omnes*, ainsi que celle de toute disposition légale qui a pour but la sauvegarde des intérêts sociaux et des bonnes mœurs[1].

Si les joueurs appartenaient à des Etats différents, on devrait appliquer la loi du lieu où l'opération aurait été accomplie pour résoudre toute question relative aux rapports contractuels résultant du jeu ou du pari, et statuer d'après la *lex fori* sur l'admissibilité de l'action en paiement des dettes résultant du jeu ou du pari.

1248. — Ces principes doivent être appliqués à toute sorte de jeux de hasard, et par conséquent même aux jeux de

[1] Nous trouvons ces principes consacrés par la Cour de Bruxelles, 5e Chambre, 19 décembre 1890, 29 mai 1891 (*Journal des Tribunaux* 1890, p. 54, 1891, p. 816 : « Les motifs, dit la Cour, qui ont déterminé les « auteurs du Code à proscrire toute action pour dette de jeu ont été « puisés dans des considérations de moralité, d'intérêt social et d'ordre « public; le juge est tenu de repousser une telle action lorsqu'elle est « portée devant lui, quels que soient les pays où le jeu a eu lieu et les « effets que les lois en vigueur dans ces pays y attachent ».

bourse et en outre à toute opération relative au jeu. Par conséquent si, par exemple, on voulait constituer en Italie une société pour fonder et administrer une maison de jeu dans un pays étranger où de tels établissements seraient tolérés, cette société serait nulle en tant qu'illicite et aucune des questions relatives à cette affaire ne pourrait motiver une action judiciaire. Le législateur italien considère en effet le jeu comme contraire à la morale publique et déclare punissable quiconque tient dans un lieu public un jeu de hasard[1]. Il est donc évident que toute opération quelconque, relative à ce qui est considéré comme l'origine d'un péril social, ne peut obtenir aucune sanction judiciaire, même lorsque c'est à l'étranger qu'on doit accomplir le fait délictueux[2].

1249. — Que doit-on décider à l'égard des loteries?

La loterie constitue une sorte de jeu, qui consiste dans le hasard de perdre l'argent payé pour l'acquisition du billet, ou de gagner un lot d'une valeur plus ou moins considérable et toujours très supérieure au prix du billet. Les lois de divers Etats interdisent les loteries, même celles qui consistent dans la vente d'immeubles, de meubles ou de marchandises effectuée avec un bénéfice attribué par le sort aux acheteurs pour les exciter à acquérir par l'espoir d'un tel gain.

En France, les loteries de toute sorte ont été interdites par la loi du 21 mai 1836. En Italie, elles l'ont été par la loi du 27 septembre 1863 et par le décret-loi du 21 novembre 1880, qui déclara prohibées dans le royaume la vente et la distribution des billets des loteries ouvertes à l'étranger ou de titres d'emprunts étrangers à lots, bien que les primes représentent le remboursement de capitaux ou le paiement d'intérêts, et qui déclare également interdite l'émission de souscriptions pour ces loteries ou ces emprunts.

[1] Art. 484-487. Code pénal italien.

[2] Voir en ce sens l'arrêt de la Cour de Paris du 22 février 1849 (*Journal du Palais*, 1850, p. 137, 139).

En vertu de ces dispositions, on doit admettre d'une façon certaine que toute opération juridique relative à la vente et à la distribution de billets de loteries étrangères et à toute sorte de convention prohibée, si cette opération est accomplie au lieu où la loi prohibitive est en vigueur, doit être considérée comme nulle et de nul effet, par suite d'absence de cause licite d'obligation. Il est également clair que l'action judiciaire ne pourrait pas être admise en ce qui concerne les opérations relatives aux loteries prohibées par la loi territoriale. En effet, étant donnée l'autorité impérative de la loi à l'égard des faits accomplis sur le territoire où elle exerce son empire, ces opérations sont nulles comme ayant une cause illicite, et par conséquent elles ne peuvent servir de base à aucune action judiciaire. Même s'ils étaient citoyens d'un même état, les étrangers qui, en Italie, auraient, l'un vendu et distribué, l'autre acquis des billets d'une loterie étrangère, auraient toujours accompli une opération interdite par la loi territoriale, et cette opération devrait être réputée inefficace en tant que contrat civil. La raison en est que la nullité de l'acte ne résulterait pas de la capacité personnelle des parties contractantes, qui dépend de leur statut personnel, mais de la disposition de la législation locale, qui, en déclarant l'acte par lui-même illicite, s'oppose à ce qu'il produise aucun effet au point de vue du Droit civil.

1250. — Un doute peut s'élever dans l'hypothèse où la vente du billet de loterie a lieu dans un pays où elle n'est pas interdite par la loi, et où l'action judiciaire est ensuite introduite au domicile du débiteur, où se trouve en vigueur une législation défendant la vente des billets de loterie. Dans ce cas, devra-t-on appliquer les principes exposés en ce qui concerne la dette de jeu ? Devra-t-on admettre en d'autres termes que l'action judiciaire ne sera pas plus admissible lorsque la vente aura eu lieu dans un pays étranger où la vente est permise, que lorsqu'elle aura été faite sur le territoire où elle est interdite ?

Il est à noter que les lois qui interdisent les loteries sont toujours motivées par des raisons de morale publique. Le législateur veut en effet frapper les spéculations inspirées par les passions malsaines qui poussent les individus à compter sur le hasard pour s'enrichir, au lieu de considérer le travail productif comme la véritable source de la richesse. Incontestablement la prohibition de la loi a pour effet de rendre illicite toute convention relative à la loterie conclue sur le territoire où cette loi l'interdit. Une des conditions essentielles pour la validité du contrat étant la cause licite[1], il est évident, qu'étant donnée la prohibition de la loi, la convention doit être frappée de nullité et qu'elle ne peut produire aucun effet juridique, puisque l'obligation sans cause ou sur fausse cause est sans effet[2]. Il est toutefois à noter que c'est en vertu de la prohibition de la loi que la cause est illicite, et que cette prohibition ne peut produire effet que comme conséquence de l'autorité impérative de cette même loi.

En effet, même dans les pays où les loteries sont interdites, il est admis des exceptions à l'égard de certaines d'entre elles, faites pour favoriser des œuvres de bienfaisance ou pour encourager les Beaux-Arts. Il en est ainsi en Italie, où dérogeant à sa prohibition générale des loteries publiques, le législateur autorise celles dont le produit est destiné exclusivement à des œuvres de bienfaisance publique.. De même en Belgique, la loi du 31 décembre 1841, qui défend les loteries, excepte de cette prohibition les opérations financières des Etats étrangers faites avec primes ou remboursement par voie de tirages, quand elles sont autorisées par le gouvernement. Sont également exceptées les loteries faites par les communes ou les provinces lorsqu'elles sont autorisées, ainsi celles relatives aux opérations des sociétés anonymes pour

[1] Art. 1104 C. civ. italien et 1108 C. civil français.

[2] Art. 1119 C. civ. italien et 1131 C. civ. français.

l'exploitation des chemins de fer et des établissements de crédit foncier, etc.

De là il résulte que la cause licite ou illicite des conventions relatives aux loteries et dès lors l'efficacité de ces mêmes conventions dépend entièrement du fait du législateur, suivant qu'il les prohibe ou les autorise.

Ceci donné, il nous semble que, lorsque la convention relative à une loterie a été conclue dans un pays où il n'existe aucune loi prohibitive, on ne peut pas prétendre que le contrat soit nul. En effet, tout devant dépendre de la loi, s'il n'existe aucune prohibition législative, on ne peut pas soutenir que la convention manque de cause licite. On ne peut nullement assimiler le contrat relatif à la loterie à celui contraire aux bonnes mœurs qui, étant affecté d'une nullité objective et intrinsèque, en quelque pays qu'il ait été conclu et quelles que soient les lois en vigueur en ce pays, ne peut avoir aucun effet dans un Etat civilisé, parce que la sanction judiciaire de l'immoralité porterait atteinte à l'ordre public et à l'intérêt social. En ce qui concerne la loterie, la moralité ou l'immoralité ne sont pas absolues, elles dépendent de la prohibition de la loi, de telle façon que, même dans les pays où elle est interdite pour des raisons de moralité, elle est exceptionnellement permise quand elle est autorisée par le gouvernement.

Nous sommes donc d'avis que, lorsque l'obligation relative à une loterie étrangère a été contractée par un Français ou par un Italien dans un pays où une telle convention n'est pas interdite par la loi, cette obligation doit être considérée comme valable. On ne pourrait donc pas la déclarer sans effet, sous le prétexte que l'obligation de payer le prix du billet acheté à l'étranger par le Français ou l'Italien serait basée sur une cause illicite aux termes de la loi française ou de la loi italienne, qui interdisent la vente des billets des loteries étrangères.

Nous avons déjà dit plus haut que la prohibition du législateur en cette matière ne concerne pas la capacité de s'obli-

ger, ce qui fait qu'on ne saurait se reporter au statut personnel, comme s'il s'agissait d'un acte passé à l'étranger par un individu incapable d'après sa loi nationale.

On ne saurait pas plus considérer l'obligation comme sans cause ou fondée sur une cause illicite, pour le motif que la loi française ou la loi italienne interdisent la vente des billets des loteries étrangères. En effet, étant donné que la convention a été conclue dans un pays où la loi permet la vente des billets de loterie, l'obligation doit être valable, parce qu'eu égard à son objet elle ne manque pas de cause licite.

Au surplus la prohibition des lois française ou italienne, n'ayant aucune autorité impérative dans le pays où l'affaire a été conclue, ne peut pas avoir pour résultat de rendre nulle l'obligation contractée dans ce pays par le Français où par l'Italien, cette obligation étant en elle-même valable d'après la loi territoriale.

1251. — Nous admettons dès lors que si, par exemple, le billet de loterie a été acquis à l'étranger par un Italien, l'étranger qui le lui a vendu peut l'actionner devant les tribunaux italiens pour le contraindre à en payer le prix. L'obligation étant valable, on doit pouvoir en poursuivre l'exécution en justice. Vainement on invoquerait les règles que nous avons posées plus haut en ce qui concerne l'action relative aux dettes de jeu, parce que le législateur leur refuse toute sanction judiciaire et que sa disposition prohibitive en cette matière doit avoir une autorité territoriale. Au contraire, en ce qui concerne la loterie, la loi ne déclare pas l'action absolument inadmissible; la demande peut seulement être rejetée quand l'obligation manque de base, c'est-à dire quand, en vertu de la disposition légale qui rend nulle la vente des billets de loteries étrangères opérée dans le pays, l'obligation elle-même n'existe pas parce qu'elle repose sur une cause illicite. En ce qui concerne les loteries autorisées, l'action est recevable, parce que l'obligation repose sur une cause licite. Il ne faut donc pas confondre l'action pour dettes de

jeu avec l'action en paiement d'une dette de loterie. La première est toujours inadmissible, parce que la puissance publique ne peut pas reconnaître le jeu comme un fait juridique et attribuer des effets civils aux opérations conclues entre les joueurs. Au contraire, à l'égard de la loterie, l'action est ou non admissible suivant qu'on doit ou non considérer comme valable l'obligation qui motive cette action. Ayant démontré que l'obligation née dans un pays étranger où le législateur n'interdit pas la loterie doit être valable, il nous semble qu'on doit admettre comme conséquence logique de cette proposition que l'action judiciaire doit être accordée pour assurer l'exécution de cette obligation.

1252. — Nous avions déjà soutenu cette opinion dans notre première édition en 1869 [1]. La doctrine contraire est admise par Laurent [2], par Massé [3] et par la jurisprudence française [4] et belge [5]. Toutefois les arguments invoqués par nos adversaires ne nous paraissent pas convaincants. Nous croyons utile avant tout de faire remarquer que les sentences des tribunaux français citées à l'appui de l'opinion contraire à la nôtre ne sont pas décisives, parce qu'elles ont trait à des opérations conclues en France relativement à des loteries étrangères, ce qui n'est pas notre hypothèse. Si les billets de loterie étrangère avaient été acquis en souscrivant en Italie des billets à ordre correspondant au prix d'acquisition, ou si les billets d'une loterie étrangère avaient été cédés à une

[1] Voir édit. Le Monnier, § 282, et le 3e *tirage stéréotypé*. Unione Tipografica - Editrice, 1889, id.

[2] Laurent, *Droit civil international*, T. VIII, § 112.

[3] Massé, Droit commercial, § 570.

[4] Paris, 25 juin 1829, (*Journ. du Palais*, 1829, p. 1177); Paris 29 décembre 1868, (*Id.*, 1869, p. 327).

[5] La Cour d'appel de Bruxelles, dans son arrêt du 27 mai 1886, a posé d'une façon très nette la règle, que la loterie n'est qu'une variété du jeu et qu'on doit par conséquent lui appliquer les dispositions relatives aux jeux de hasard; que l'obligation résultant d'une convention prohibée par la loi belge est nulle, quel que soit le pays où elle est née et où elle doit être exécutée (*Journ. du Droit intern. privé*, 1888, p. 838).

banque italienne en échange de titres de crédit négociables en Italie, ces opérations tomberaient sous le coup des dispositions prohibitives de la loi italienne, et l'action judiciaire ne serait pas admissible, par la raison que l'opération juridique (par suite de la circonstance de la signature du billet à ordre, de la cession ou de l'échange des titres en Italie) aurait été accomplie sur le territoire soumis à l'empire de la loi italienne.

Nous avons supposé au contraire que l'opération juridique n'était pas illicite d'après la loi étrangère et qu'elle avait été accomplie et était devenue parfaite à l'étranger, en d'autres termes que le billet y avait été vendu et livré ; et qu'il s'agissait du paiement du prix et que par conséquent l'action judiciaire introduite en Italie avait uniquement pour objet de contraindre la personne valablement obligée à l'accomplissement de son engagement. C'est dans ce cas que nous avons soutenu et que nous soutenons que la disposition de la loi italienne ne peut pas avoir pour effet de rendre l'obligation nulle et l'action non recevable.

Par conséquent la sentence prononcée par le tribunal de l'Empire d'Allemagne les 15-16 novembre 1883 [1] n'est pas contraire à notre théorie. Il s'agissait de l'agent d'une loterie organisée en Saxe, mais non autorisée d'après la loi de l'Empire, lequel, ayant vendu en Saxe des billets, ne les avait pas livrés au lieu où la vente avait été conclue, mais les avait expédiés pour une partie par la poste, dans une localité du Royaume de Prusse. Là se trouve en vigueur la loi des anciennes provinces de la monarchie prussienne du 5 juillet 1847, étendue aux pays annexés depuis à la Prusse par l'article 4 de l'ordonnance du 25 juin 1867. Cette loi interdit la vente et la distribution de la part des courtiers des billets des loteries étrangères non autorisées. Or l'envoi par la poste des billets d'une loterie saxonne, bien que ce fait fût relatif à une opération accomplie en Saxe, était con-

[1] Trib. de Verden (*Journ. du Droit intern. privé*, 1885, p. 325).

traire aux dispositions prohibitives de la loi, parce qu'il s'agissait de distribuer en Prusse par la poste des billets d'une loterie ouverte à l'étranger.

Si la même chose se produisait dans un pays régi par la loi italienne, les tribunaux italiens devraient juger de la même façon que le tribunal de l'Empire d'Allemagne. En effet la loi italienne du 21 novembre 1880, article 4, déclarant interdites dans le royaume la vente et la distribution des billets des loteries ouvertes à l'étranger et déclarant prohibée également la récolte de souscriptions pour de telles loteries, il en résulte clairement pour nous, que, même lorsque la convention a été conclue dans un pays où la vente des billets était permise, si l'expédition des billets a été faite en Italie, ce fait constitue par lui-même une violation de la loi en vigueur en Italie.

La loi devrait être réputée violée, soit que l'on considère que la vente ne devient parfaite que par la remise du billet, parce que c'est seulement lorsqu'il est mis en possession de ce billet que l'acheteur peut participer à la loterie; soit que l'on considère que l'envoi par la poste constitue une distribution en Italie des billets d'une loterie ouverte à l'étranger. Au contraire, pour que notre théorie trouve son application, il faudrait, par exemple, qu'un Italien ait à la fois acquis le billet de loterie et en ait pris livraison à l'étranger : il pourrait alors, d'après nous, être actionné en paiement du prix de ces billets, qu'il n'aurait pas payés comptant, ou dont il n'aurait versé qu'une partie du prix.

CHAPITRE XIV

DE LA LOI QUI DOIT RÉGIR LES ENGAGEMENTS QUI SE FORMENT SANS CONVENTION.

1253. Obligations qui naissent en l'absence de convention. — 1254. Les obligations juridiques dérivent en général de la loi, et peuvent être divisées en diverses catégories. — 1255. Objet de cette étude.

1253. — Le contrat est la source la plus importante et la plus ordinaire des obligations juridiques personnelles; mais il n'en est pas la source unique et exclusive. Il y a en effet des obligations qui naissent sans convention et c'est là ce qui en constitue le caractère substantiel : l'obligation, soit unilaétrale, soit réciproque, existe malgré l'absence de tout contrat entre les parties et de toute manifestation de consentement en vue de s'obliger.[1] C'est ce qui distingue ces obligations de celles qui dérivent des contrats et qui ont pour base le consentement des parties contractantes.

Voulant déterminer la loi qui doit les régir, il nous faut avant tout rechercher quelles sont ces obligations juridiques et en établir exactement le caractère, la nature et le fondement.

1254. — En principe, toutes les obligations juridiques dérivent de la loi, sinon en ce sens que le législateur peut les créer arbitrairement quand elles n'existent pas d'après les

[1] Le Code civil français contient dans son livre III, un titre 4e intitulé : « des Engagements qui se forment sans convention », (art. 1370-1386).

principes de la justice naturelle, du moins en ce sens que toute obligation civile présuppose une loi positive promulguée et sanctionnée par l'autorité publique et en vertu de laquelle le législateur attribue à l'un la faculté d'exiger de l'autre, qui est tenu de donner, de faire ou d'exécuter un acte, ce qui est conforme aux règles civilement et juridiquement obligatoires que ce même législateur a édictées.

De même que tout droit civil présuppose une loi positive, qui l'attribue au sujet auquel il appartient; de même toute obligation juridique ou civile trouve son fondement dans la loi, qui détermine le droit correspondant à chaque devoir juridique et en garantit l'efficacité juridique au moyen d'une action légale. Il existe, il est vrai, des obligations juridiques auxquelles ne correspond pas un droit assuré par la loi positive. Telle peut être notamment considérée l'obligation de la personne qui a volontairement accompli ce qu'elle était tenue de donner ou de faire d'après la loi naturelle au profit d'une autre personne qui ne pouvait pas en exiger l'accomplissement aux termes du droit civil. L'obligation juridique existant dans de telles circonstances de ne pouvoir pas répéter ce qui a été volontairement fait ou donné, même en l'absence d'une véritable obligation civile, dérive également de la loi, qui assure le respect de l'exécution volontaire d'une obligation naturelle.[1]

Il faut noter également que la loi impose des obligations juridiques, parfois en raison des rapports qui s'établissent entre les personnes auxquelles elle attribue une certaine autorité les unes à l'égard des autres : parfois en considération des rapports qui dérivent de l'état de famille : parfois en raison des circonstances où se trouvent placés les individus qui possèdent des biens ou qui en ont la propriété. Ce sont là également des obligations juridiques, qui dérivent de la loi et qui ont leur fondement dans l'état des personnes,

[1] Compar. les articles 1237 et 1311 du Code civil italien, et 1235 et 1340 du Code civil français.

dans les rapports de famille et dans la condition des choses relativement aux personnes qui les possèdent. Ces obligations ne font cependant pas partie de celles dont nous nous proposons de nous occuper dans cette étude.

Le législateur accorde en outre aux personnes, toutefois dans la limite de leur autonomie, la faculté de s'obliger d'une façon unilatérale ou synallagmatique à accomplir une prestation quelconque, ou à donner, à faire ou à ne pas faire quelque chose, et à se mettre d'accord à ce sujet à l'aide d'un pacte ou d'un contrat. Il en résulte qu'en ce qui concerne ces rapports obligatoires qui peuvent être créés à l'aide du consentement réciproque des parties, l'obligation juridique a pour base le contrat conclu légalement.

Nous n'entendons pas non plus parler de ces obligations, parce qu'elles sont régies par les règles applicables aux rapports conventionnels.

Il existe finalement une troisième catégorie d'obligations juridiques, celles qui résultent directement d'un fait positif et volontaire de l'homme, fait auquel la loi attribue l'effet d'obliger son auteur à l'égard d'un tiers ou de donner naissance à une obligation, soit unilatérale, soit bilatérale, entre les personnes qui, en raison de ce fait, se trouvent avoir certaines relations entre elles. Ce sont là les obligations qui dérivent directement du fait volontaire de l'homme et indirectement de la loi. En effet, bien que l'auteur du fait n'ait pas eu la volonté de contracter une obligation juridique, bien que la personne, qui par suite des circonstances, se trouve avoir certaines relations avec cet auteur, n'ait pas consenti à s'obliger envers ce dernier, néanmoins le législateur, par application des principes de la justice naturelle, de l'équité ou des intérêts sociaux, règle les conséquences de l'acte volontaire de l'homme, en lui imposant une obligation juridique à l'égard d'un tiers, ou en obligeant réciproquement les parties entre elles.

1255.— Ce sont ces dernières obligations que nous nous

proposons de traiter ici. Il est à noter qu'elles diffèrent substantiellement de celles qui résultent des pactes consensuels et des contrats.

Celles-ci ont leur base dans la convention, par laquelle une ou plusieurs personnes ont consenti, à l'égard d'une ou de plusieurs personnes, à accomplir quelque chose concernant un objet d'intérêt juridique. Par conséquent on peut dire à leur égard, que c'est à proprement parler le consentement qui donne naissance à l'obligation juridique, tandis que celles dont nous entendons nous occuper résultent du fait volontaire de l'homme, ou de la nature des choses, sans que le législateur exige aucune manifestation expresse ou tacite du consentement de la part de la personne obligée.

Le fait de l'homme peut être tacite, et les obligations que nous étudions se distinguent en deux catégories, la première celles qui naissent du quasi-contrat, la seconde celles qui dérivent des délits et des quasi-délits.

Nous traiterons séparément de ces deux catégories d'obligations au point de vue de la loi, qui doit les régir d'après les principes du Droit international.

Nous avons dit que les rapports juridiques résultant de faits volontaires de l'homme, qu'ils soient licites ou illicites, dérivent de la loi, parce que ce qui caractérise l'obligation à laquelle ces faits donnent naissance soit entre les parties, soit à l'égard d'un tiers, c'est précisément qu'elle naît sans l'ombre de consentement quelconque exprès ou tacite. En effet, si jamais on pouvait supposer l'existence du consentement tacite, comme il aurait, à l'égard du rapport obligatoire, la même valeur que le consentement exprès, il en résulterait que le caractère et la nature de l'obligation elle-même seraient modifiés au point de la faire ranger dans la catégorie des obligations qui naissent du consentement [1], c'est-à-dire dans celle des obligations juridiques consensuelles.

[1] Compar. Huberus, *Inst.* lib. III, tit. XXVIII, n° 1; Vinnius, *Inst.* lib. III, tit. XVIII, *princip.*

§ I.

De la loi qui doit régir les faits volontaires licites (quasi contrats).

1256. Obligations naissant des quasi-contrats, leurs diverses formes. — 1257. Comment doit-on déterminer la loi qui doit régir ces obligations.— 1258. Opinions de Brocher, Asser, Rocco, Laurent et Weiss. — 1259. Comment, d'après nous, se pose la question. — 1260. Observations sur la théorie de Laurent. — 1261. Notre opinion.

1256. — Les obligations naissant, en vertu de l'autorité de la loi, des faits volontaires licites ont été qualifiés par les juristes romains obligations quasi-contractuelles ou résultant des quasi-contrats.

Il est inutile de discuter sur le plus ou moins d'exactitude de cette expression. [1]

Le législateur italien définit ainsi le quasi-contrat :

« Art. 1140. — Le quasi-contrat est un fait volontaire et « licite, dont résulte une obligation à l'égard d'un tiers ou « une obligation réciproque entre les parties ».

La même idée se trouve consacrée par le législateur français dans l'article 1371 C. civ. qui est presque conforme à la définition formulée par Pothier [2] qui, après avoir donné divers exemples de quasi-contrats, observe qu'ils sont multiples, mais omet de les énumérer. Il faut en effet reconnaître la multiplicité et la diversité des faits volontaires de l'homme,

[1] Compar. Laurent, *Principes de Droit civil*, t. XX, §§ 305 et suiv., Giorgi, *Teoria delle obligazioni*, t. V, p. 2; Lomonaco, *Delle obligazioni e dei contratti in genere*, t. I, §§ 42 et suiv.

[2] *Traité des obligations*, § 113.

qui produisent des rapports obligatoires indépendamment de tout consentement exprès ou tacite.

On en trouve des exemples dans beaucoup de matières réglées dans les différentes parties du Code, lesquels exemples peuvent être considérés comme compris dans la définition du quasi-contrat formulée par le législateur.

Nous négligerons d'examiner la question de savoir si l'administration du tuteur peut être considérée comme un quasi-contrat, tout au moins comme le soutient Larombière à l'égard de la tutelle qui n'est pas obligatoire. Nous dirons cependant, que certaines dispositions relatives à la tutelle expliquent l'idée de l'obligation juridique naissant par l'effet de l'autorité de la loi. Telle est, par exemple, l'obligation imposée au mineur de tenir compte au tuteur des dépenses faites par ce dernier durant son administration, quand elles sont reconnues utiles au mineur. [1]

L'obligation imposée au propriétaire de la chose de rembourser les dépenses faites par l'individu qui l'a possédée, pour la conserver et l'améliorer, trouve aussi son fondement dans la loi, et le législateur italien l'étend (art. 705 C. civ.) même en faveur du propriétaire de mauvaise foi. Il en est ainsi également de l'obligation imposée à la personne qui a récolté les fruits de la chose de rembourser aux tiers les frais de culture, d'ensemencement et de travaux faits par ceux-ci (art. 445 C. civ. italien et 548 C. civ. français).

La communauté héréditaire, qui résulte de l'acceptation volontaire de la succession par les cohéritiers, donne aussi naissance à certaines obligations juridiques, qui sont les conséquences de l'indivision : telle est celle de contribuer aux dépenses nécessaires à la conservation des choses indivises.

Nous nous abstiendrons d'énumérer d'autres faits juridiques prévus dans les diverses parties du Code, qui donnent naissance à des rapports obligatoires pouvant être rangés dans la catégorie des obligations quasi-contractuelles, en

[1] Art. 305, Code civ. italien et 471 C. civ. français.

admettant l'idée du quasi-contrat tel qu'il est spécifié dans les codes modernes. Il est vrai que le législateur italien, après avoir défini le quasi-contrat, s'occupe uniquement de la gestion d'affaires et du paiement de l'indu. Néanmoins on n'en doit pas conclure que ce soient là les seuls quasi-contrats, parce qu'ils se trouvent seuls l'objet de règles spéciales.

En effet, toute obligation qui, en vertu de la loi, naît d'un fait volontaire et licite de l'homme, peut être considérée comme faisant partie de celles qui résultent du quasi-contrat, et on peut en ce qui les concerne se demander au point de vue du droit international privé, d'après la loi de quel pays on doit apprécier l'existence et l'étendue du rapport obligatoire.

1257. — Après avoir ainsi déterminé les diverses sortes d'obligations juridiques nées en l'absence de convention, il nous semble qu'il nous faut distinguer les différents faits qui peuvent être l'origine du rapport obligatoire, lorsqu'il s'agit de préciser la loi qui doit régir ce rapport.

1258. — Les opinions soutenues par les auteurs à cet égard, sont au nombre de deux.

Brocher admet en principe la théorie que nous avons développée, et d'après laquelle les obligations juridiques nées sans convention, sont régies par la loi qui fait dériver du fait volontaire de l'homme un rapport obligatoire. Cet auteur soutient que tout dépend de la loi, parce qu'en elle réside la cause de l'obligation, plutôt que dans la volonté de la personne obligée, et il conclut que la loi applicable doit être celle du lieu où le fait s'est produit, cela surtout par suite de la considération que les dispositions législatives en cette matière ont le caractère de règles de police et de sûreté et tombent comme telles sous l'application du § 1er de l'article 3 du Code civil français[1].

[1] Brocher, *Droit international privé*, t. II, § 181.

Asser suit la même doctrine et soutient qu'on ne saurait concevoir l'application d'une autre loi que de celle du lieu où s'est accompli le fait, à la suite duquel le législateur reconnaît l'obligation en résultant. Il cite à l'appui de son opinion un certain nombre d'auteurs[1].

Rocco avait exposé la même théorie dans son estimable ouvrage, *sur le droit civil international,* en admettant en principe, « que les obligations, qui ont pour objet direct les « personnes, dépendent des lois du lieu où les faits se pro- « duisent, alors que le concours de tels faits est nécessaire « pour l'existence de ces obligations[2] ».

Laurent au contraire, partant de l'idée qu'il existe une certaine analogie entre les contrats et les quasi-contrats, soutient que le quasi-contrat se forme parce qu'il y a un quasi-concours de volontés. Il admet dès lors qu'il faut recourir à l'idée de l'intention présumée des parties de se soumettre à une loi donnée, et il arrive ainsi à justifier la compétence de la loi nationale dans le cas où les parties appartiennent au même Etat. Il prétend que la loi internationale peut s'appliquer seulement lorsque les parties sont citoyens de plusieurs Etats. Cet auteur, dans son *Avant-projet de révision du Code civil*, avait formulé cette doctrine de la façon suivante : « Les quasi-contrats sont régis par la loi « personnelle des parties, si elles ont la même nationalité, et « par la loi du lieu où le quasi-contrat se forme, si elles « appartiennent à des nations différentes » (art. 17).

Laurent fait observer que le législateur lui-même indique qu'il existe une analogie entre les contrats et les quasi-contrats, en donnant la dénomination de *quasi-contrats* à certains faits qui produisent des obligations de la même nature que celles qui dérivent des contrats. Partant de là, il dit que, de même qu'à l'égard des obligations qui résultent

[1] Asser, *Eléments de Droit international privé*, § 40.
[2] Rocco, *Diritto civile internazionale*, lib. II, cap. XLII. Voir dans le même sens : Fœlix, *Droit internat. privé*, § 114, et compar. Bar, §§ 887-888.

des conventions la loi compétente est déterminée en tenant compte de la volonté des parties, de même un principe analogue doit servir à déterminer la loi applicable en cas de quasi-concours de volontés. Il ajoute que, puisque le juge, en cas de conflit de lois applicables aux contrats dont la solution n'a pas été indiquée par le législateur, doit recourir aux présomptions fondées sur la volonté présumée des parties, il doit faire de même quand il s'agit de quasi-contrats. Il applique sa théorie à la gestion d'affaires qui, dit-il, est presque identique au contrat de mandat, et il conclut que, puisqu'à l'égard du mandat on doit tenir compte de la loi nationale des parties quand elles sont citoyens du même Etat, on doit statuer de même en ce qui concerne la gestion d'affaires. Il se base sur la volonté probable des parties, parce que, d'après lui le quasi-contrat se forme en vertu d'un quasi-concours de volontés[1].

Weiss admet intégralement la même théorie, en se basant aussi sur l'analogie qui résulte de la même dénomination du contrat et du quasi-contrat[2].

1259. — Il résulte clairement, de ce que nous avons dit au sujet du caractère propre des obligations qui naissent des faits volontaires de l'homme, que nous ne saurions admettre l'opinion des auteurs qui prennent comme fondement de leur théorie la volonté tacite des parties de contracter une obligation. En effet, dans les cas où un quasi-concours de volontés peut être admis (comme cela peut avoir lieu, étant données certaines circonstances, dans la gestion d'affaires), ce quasi-concours exerce une influence décisive pour changer le caractère du rapport juridique. C'est qu'en effet, en raison du quasi-concours de volontés pour s'obliger, ce rapport se transforme en mandat tacite, et ne peut plus dès lors être compris dans la catégorie des obligations qui dérivent du

[1] Laurent, *Droit civil internat.*, T. VIII, § 2 et suiv.
[2] Weiss, *Droit internat. privé*, 2e éditi., p. 645-46.

fait volontaire de l'homme sans consentement exprès ou tacite.

Ce ne peut pas alors être le cas de se référer à la dénomination de quasi-contrat admise dans la doctrine et dans les législations modernes, pour reconnaître une certaine analogie entre les obligations qui naissent du contrat et dans lesquelles existe indubitablement l'*animus obligandi,* et celles qui résultent des faits volontaires licites, qu'à raison de leur dénomination de quasi-contrats on suppose impliquer un *quasi-animus obligandi.*

Etant données ses origines, cette dénomination exclut cette manière de voir [1]. Dans les obligations dont nous nous occu-

[1] Bien que le mot *quasi-contrat*, étant donné son sens littéral, puisse sembler indiquer un rapport juridique semblable au contrat, il faut cependant constater qu'il a été employé par Gaius comme un expédient pour indiquer les obligations qui pouvaient naître de faits variés et dissemblables, et à l'égard desquelles le lien juridique ne pouvait pas être considéré comme résultant du contrat, du délit ou du quasi-délit. En effet Gaius, après avoir classifié les obligations *per summam divisionem* en *obligationes ex contractu* et *obligationes ex delicto* (Inst., III, 88), 7 ajoute celles qui, comme il le dit, naissent *ex variis causarum figuris* et, voulant en indiquer la source, (ne sachant comment faire autrement) il recourt à l'expédient consistant à les comprendre parmi celles engendrées *quasi ex contractu.* L'expression ainsi imaginée pour sortir d'embarras fut admise dans la codification de Justinien et les compilateurs des institutes acceptèrent la quadruple distinction en *obligation ex contractuses, ex maleficio et quasi ex maleficio.* Il faut toutefois remarquer que, pour avoir dénommé les obligations qui naissaient *ex variis causarum figuris, obligationes quæ quasi ex contractu nascuntur*, les juristes romains n'ont pas entendu par là même leur reconnaître le caractère de rapport conventionnel. La raison de cette dénomination est indiquée de la manière suivante : « *Post genera contractuum enumerata, etiam de iis* « *obligationibus, quæ quidem non proprie nasci ex contractu intelli-* « *guntur, sed tamen, quia ex maleficio substantiam capiunt, quasi ex* « *contractu nasci videntur* (*Instit.*, III, XVIII, *princip*). » C'est donc là une expression impropre et sans exactitude scientifique, ainsi que l'a fait remarquer Vinnius, admise par suite de la nécessité des choses, pour conserver la première division, étant donné l'impossibilité où on était de ne pouvoir ranger dans aucune des deux catégories des contrats ou des délits, les obligations résultant de certains faits variés. Néanmoins on n'indiqua pas comme cause du lien juridique, le consentement tacite, mais l'utilité publique. Cela fut admis notamment dans les Institutes à l'égard

pons, il ne saurait en effet être question de volonté tacite de s'obliger, ni d'intention tacite présumée de s'obliger : en effet elles dérivent du fait juridique accompli volontairement par l'homme, fait auquel le législateur a attribué la vertu d'obliger celui dont il émane, ou les personnes qui se trouvent dans une condition donnée ou dans un rapport donné à l'égard de ce fait. Il faut par conséquent admettre que la cause de l'obligation réside uniquement dans la loi, qui attribue cet effet au fait purement volontaire de l'homme.

1260. — Si on admet cette doctrine qui élimine d'une façon absolue la volonté, non à l'égard du fait, mais à l'égard du rapport obligatoire, qui résulte de ce fait en vertu seulement de la loi sous l'empire de laquelle il s'est accompli, le raisonnement de Laurent manque complètement de base, alors qu'il fonde sa théorie sur l'idée préconçue d'une volonté tacite présumée de la personne en vue de contracter une obligation. L'intention de l'auteur du fait est absolument étrangère à cette matière. S'il l'a volontairement accompli, s'il a entrepris volontairement l'opération, quelles que puissent être son but, ses protestations ou ses réserves à ce sujet, sa volonté ne pourra exercer aucune influence à l'égard de l'effet obligatoire de son acte, parce que c'est la loi qui en détermine et en règle les conséquences.

du principal quasi-contrat, qui a cependant l'apparence d'un rapport consensuel, c'est-à-dire à l'égard de la gestion d'affaires, au sujet de laquelle on lit au § 1 des Institutes *(loc. cit.)* « *Ex qua causa ii, quorum* « *negotia gesta fuerint, etiam ignorantes obligantur. Idque* UTILITATIS « CAUSA *receptum est* ».

Postérieurement, à l'expression *quasi ex contractu*, on substitua celle *ex quasi-contractu*, et certains juristes modernes, entraînés par la dénomination, voulurent voir une certaine similitude entre le contrat et le quasi-contrat. C'est, par suite de cette idée, que Laurent a été amené à trouver une certaine analogie entre ces deux faits juridiques.

Donc l'origine de la dénomination exclut l'argument fondé sur l'analogie de cette même dénomination, argument dont se prévalent certains auteurs pour justifier la théorie du consentement tacite qu'ils présument, pour donner ainsi une base rationnelle au quasi-contrat.

Nous ne dirons cependant pas avec Brocher, que les dispositions législatives en cette matière doivent être considérées comme des règles de police et de sûreté, qui comme telles, doivent être réputées obligatoires *erga omnes*, parce qu'elles ne nous semblent pas avoir cette nature et ce caractère. Nous admettons au contraire que les règles édictées par la souveraineté territoriale pour régler les conséquences juridiques des faits volontaires de l'homme sont toujours inspirées par l'utilité publique, ou par la protection des intérêts sociaux (tel est notamment le cas de toutes les obligations résultant du fait de l'homme qui a conservé les choses dans l'intérêt du propriétaire et des tiers), ou par la sauvegarde des principes de la morale, en d'autres termes des bonnes mœurs, qui se résument dans la formule *honeste vivere*, et qui s'opposent à ce que quelqu'un puisse s'enrichir aux dépens d'autrui, (c'est par exemple, le cas de l'obligation de restituer ce qui a été indûment payé et des obligations imposées à la personne dont les affaires ont été gérées avantageusement par un tiers).

1261. — Nous admettons par conséquent que les rapports obligatoires doivent être régis par la loi du lieu où se produit le fait juridique, auquel la loi attribue cet effet, parce que les dispositions légales qui les concernent intéressent l'administration et la conservation des biens dans un but de protection de la fortune publique, ou se rapportent aux droits de toutes les personnes qui peuvent avoir un intérêt à la conservation ou à la non-détérioration des biens, ou bien intéressent l'ordre public et les bonnes mœurs.

L'autorité *erga omnes* de ces dispositions doit être admise indépendamment de la condition de la qualité de citoyen ou de celle d'étranger. Il doit en être comme de toutes les lois qui concernent les biens au point de vue de l'intérêt social, ou qui ont trait d'une façon quelconque à l'ordre public ou aux bonnes mœurs.

Celui qui a volontairement entrepris la gestion des affaires

d'autrui en Italie doit être considéré comme obligé de continuer cette gestion et comme soumis à toutes les conséquences qui dérivent de cette opération aux termes des articles 1141 et suivants du Code civil italien, cela sans distinguer, suivant que l'intéressé est ou non le concitoyen du gérant d'affaires et suivant que les lois de sa patrie sont ou non conformes à la loi locale. Les règles consacrées par notre législateur en cette matière n'ont pas seulement pour but la protection des intérêts privés des parties, mais aussi celle des intérêts sociaux. C'est le fait juridique entrepris sous l'empire de notre législation qui, indépendamment de la volonté individuelle, détermine l'autorité de la loi à l'égard des conséquences juridiques de ce fait.

Celui qui a fait les frais nécessaires pour la conservation de la chose d'autrui peut prétendre, même lorsqu'il est possesseur de mauvaise foi, au remboursement de ces frais par la personne à laquelle la chose est restituée. C'est là une loi d'ordre public édictée dans un l'intérêt social, ce qui exclut toute application de la législation du pays des parties intéressées.

On doit décider de même dans tous les cas où le législateur impose une obligation à celui qui a accompli volontairement un fait licite sur le territoire de l'Etat.

Il est inutile de savoir si l'*animus obligandi* est probable. Si on voulait rechercher une intention, ce ne pourrait être que celle pour chacun, citoyen ou étranger, d'user de la liberté civile et de faire ce que la loi permet, mais avec le devoir juridique de respecter les dispositions cette même loi à l'égard de l'exercice de cette liberté. En comprenant ainsi l'*animus obligandi*, on admet l'autorité de la législation sous l'empire de laquelle le fait juridique ou l'entreprise ont été réalisés.

On doit en effet admettre que quiconque use de la liberté civile sous l'empire d'une loi, en accomplissant volontairement un fait auquel cette loi attache certains effets obligatoires doit se soumettre aux prescriptions du législateur.

On doit en effet présumer de sa part, en accomplissant volontairement ce qui n'est pas défendu, l'intention générale de se soumettre à l'autorité de la législation sous l'empire de laquelle il a usé de la liberté civile.

Il nous semble, étant donnés ces principes, que celui qui, en Italie, a volontairement accompli une obligation naturelle, c'est-à-dire celle qui ne saurait être considérée comme une dette civile, ne peut pas être ensuite admis à introduire une action devant les tribunaux italiens pour réclamer ce qu'il a payé. L'article 1237 du Code civil italien, qui est conforme à l'article 1235 du Code civil français, exclurait l'admissibilité de l'action en Italie, sans qu'il fût nécessaire que la législation du pays où l'obligation naturelle serait née, consacrât la même règle en cette matière, comme l'enseigne Brocher (1). Pour nous, en effet, la disposition de l'article 1237 constitue une des lois concernant l'ordre public et les bonnes mœurs, c'est-à-dire les principes de la morale civile, *l'honeste vivere*, principe suivant lesquels celui qui a volontairement rempli un devoir d'après les maximes de la justice naturelle ne peut pas revenir sur ce qu'il a fait, parce qu'en réalité il a accompli une obligation imposée par l'honnêteté civile. Nous admettons donc en cette matière l'autorité territoriale de la loi.

Nous décidons de même en ce qui concerne la disposition de l'article 1311 du Code civil italien conforme à celle de l'article 1340 du Code civil français, et nous pensons que, même dans le cas où il s'agirait de l'exécution volontaire d'une disposition testamentaire de la part d'héritiers étrangers, on ne pourrait pas introduire une action judiciaire en Italie pour réclamer ce qui aurait été payé, quelle que fût à cet égard la loi nationale des parties.

Nous voyons en effet dans la règle de l'article 1311 une loi consacrant le principe de *l'honeste vivere*, qui doit avoir une autorité territoriale *erga ommes*.

(1) Cit. t. II, p. 142.

Nous concluons par conséquent que la loi qui doit régir les rapports obligatoires résultant des faits juridiques, en ce qui concerne tant les auteurs de ces faits que les personnes qui en raison des circonstances de ces mêmes faits peuvent être obligées, doit être la *lex loci negotii*.

§ II.

Obligations dérivant des délits et des quasi-délits.

1262. Fondement de l'obligation juridique à l'égard du délit. — **1263.** L'obligation est indépendante de la volonté de l'obligé. — **1264.** Loi qui doit régir cette obligation. — **1265.** Observations sur la théorie de Laurent. — **1266.** Dans quels cas l'obligation peut dépendre de la loi personnelle. — **1267.** Obligations dérivant de quasi-délits contraires à l'organisation de la famille. — **1268.** Loi qui doit régir la responsabilité du père de famille. — **1269.** De l'obligation civile résultant du délit et de la loi qui le régit. — **1270.** Distinction entre le délit civil et le délit pénal au point de vue de la loi applicable. — **1271.** Application des principes en matière de séduction. — **1272.** L'action dirigée par la femme séduite peut-elle être introduite dans un pays où la recherche de la paternité est interdite. — **1273.** Autorité de la loi nationale à l'égard des obligations résultant du délit. — **1274.** De la loi qui doit régir l'obligation dérivant du fait illicite relatif au contrat. — **1275.** La distinction entre la faute aquilienne et la faute contractuelle peut influer sur la compétence du magistrat.

1262. — Les délits et les quasi-délits doivent être mis au nombre des causes, dont dérive l'obligation de réparer le dommage causé.

Sous la dénomination de délits et de quasi-délits, on peut comprendre tout fait quelconque de l'homme qui cause un dommage à autrui, soit qu'il soit commis sans intention de nuire mais par suite d'une imprudence inexcusable, soit qu'il consiste dans un fait positif ou négatif, c'est-à-dire dans l'omission ou dans la négligence ou l'imprudence.[1]

[1] La négligence de la personne, qui est obligée de veiller à ce qu'une autre personne n'accomplisse pas un fait, donne naissance dans les limites de la loi à la responsabilité civile de la part d'autrui (Compar. art. 1153 et suiv. C. civ. italien, et 1384 et suiv. C. civ. français).

Le fondement de l'obligation juridique à l'égard du fait illicite se trouve dans le principe de justice sociale, *neminem lædere*. Les lois civiles ont du reste transformé en devoir juridique le devoir qui dérive des principes de la justice naturelle, en édictant la règle (consacrée notamment dans les codes civils, italien à l'article 1151, et français à l'article 1382), que tout fait quelconque de l'homme qui cause un dommage à autrui oblige celui par la faute duquel il est arrivé à réparer le dommage.

Il est facile de comprendre que cette obligation légale est une mesure de protection, de police et de sûreté motivée par des raisons d'intérêt public, pour empêcher toute atteinte au droit d'autrui, qu'elle résulte d'un fait positif ou d'une simple omission, et non seulement lorsque l'auteur du fait a agi frauduleusement, mais même lorsque le dommage peut être attribué à une simple négligence ou à une imprudence.

1263. — Cette obligation dérive de la loi et est indépendante de toute volonté expresse ou présumée de la personne obligée. Etant donné la cause et les fins, qui ont déterminé le législateur à l'imposer, il est clair qu'elle doit être régie par la loi territoriale de l'Etat où s'est accompli le fait qui a causé le dommage. C'est là du reste la juste conséquence du principe général, constamment admis dans la doctrine et consacré par toutes les législations, que les lois pénales, de police et de sûreté ont une autorité impérative *erga omnes*. On ne saurait dès lors émettre aucun doute à l'égard de l'autorité de la loi territoriale et de l'application des règles consacrées par elle à tous les individus qui sont les auteurs du fait. Quelle que soit la condition des personnes au point de vue de la nationalité, les prescriptions de la loi territoriale s'imposent toujours, qu'il s'agisse d'un délit ou d'un quasi-délit, parce que c'est toujours l'intérêt public que le législateur entend protéger.

1264. — Certains auteurs ont pensé qu'en ce qui con-

cerne les obligations résultant du délit ou du quasi-délit, on doit appliquer les règles générales qui régissent les obligations juridiques nées sous l'empire de la loi étrangère[1]. On tendrait ainsi à admettre même en cette matière la prépondérance de la loi nationale dans le cas où l'auteur et la victime du délit appartiendraient au même Etat. Mais cette assimilation est injustifiable, parce que dans les obligations consensuelles c'est la volonté des parties et leur soumission volontaire à une loi donnée qui déterminent l'autorité de cette loi, et qu'on peut admettre, en vertu de l'intention tacite des parties la prépondérance de la loi nationale, à laquelle on peut présumer que le débiteur et le créancier se sont référés, lorsqu'ils sont citoyens du même pays. Au contraire, en ce qui concerne les obligations résultant du délit ou du quasi-délit, la volonté des parties est sans influence, parce que c'est la loi qui règle les conséquences juridiques du fait et qui astreint celui qui a causé un dommage à autrui à le réparer.

Tout ce que nous avons dit à l'égard du fait volontaire licite, au point de vue de la loi qui doit en régir les conséquences légales, s'applique à plus forte raison au fait illicite. Le droit attribué à celui qui a souffert un dommage d'en obtenir la réparation de la part de celui qui en a été l'auteur dérive de la loi, qui impose cette réparation à l'auteur du fait illicite. Il ne saurait donc pas être question d'appliquer en cette matière les principes qui régissent les obligations personnelles, puisque celles-ci dépendent de la volonté expresse ou tacite et qu'à leur égard la loi n'intervient que pour compléter cette volonté, en se basant toujours sur l'intention présumée des parties. Au contraire, à l'égard des délits ou des quasi-délits, il ne peut au point de vue de la loi applicable être question de se référer à la volonté du débiteur, pas plus qu'à celle du créancier, puisque cette volonté est hors de

[1] Warcher, dans l'*Archiv. für civilistiche Praxis*, T. XXV, p. 390, note 386.

cause. On ne saurait donc, pour déterminer cette loi, appliquer les principes qui régissent la volonté présumée expresse ou tacite.

1265. — Nous nous trouvons à ce sujet d'accord avec Laurent, qui insiste pour mettre en évidence la différence existant d'après lui entre la loi qui doit régir les obligations qui dérivent du quasi-contrat et celles qui naissent du délit ou du quasi-délit, et se base sur la doctrine qu'il soutient en cette matière, qu'à l'égard des premières obligations on devrait admettre le consentement tacite, tandis qu'on ne saurait l'admettre à l'égard des secondes[1]. Nous sommes d'autant plus fondé à soutenir notre opinion, que nous sommes d'avis, qu'aussi bien en ce qui concerne les quasi-contrats qu'à l'égard des délits et des quasi-délits, l'obligation naît de la loi, qui détermine les conséquences juridiques du fait de l'homme. Il nous paraît donc incontestable que la loi du lieu, sous l'empire de laquelle le fait illicite a été accompli, doit servir à en déterminer les conséquences au point de vue de la réparation du dommage causé.

1266. — Nous admettons toutefois qu'à l'égard de certaines obligations résultant du quasi-délit, au sujet desquelles la réparation du dommage est imposée par la loi en considération des rapports personnels, la loi nationale peut exercer une certaine influence sur le rapport obligatoire, lorsque l'auteur du dommage et la partie lésée sont tous deux citoyens de la même patrie. Il peut se faire en effet que le législateur du pays où le fait s'est produit considère ce fait comme illicite et qu'il impose à une personne, qui se trouve liée pour certains rapports avec une autre personne et qui agit d'une certaine façon à l'égard de cette dernière, l'obligation de réparer le dommage causé, parce qu'il considère que la manière d'agir en question constitue un quasi-délit. Dans ce cas, si l'action à l'occasion du fait est exercée au lieu où il

[1] Laurent, cit., n° 10.

s'est produit, on ne peut nullement contester l'autorité de la loi territoriale. Le magistrat local ne pourrait en effet pas se dispenser d'appliquer la loi de son pays, et devrait considérer comme rigoureusement obligatoires les mesures de protection sociale que cette loi prescrirait au sujet du fait en question. Mais si l'affaire était déférée à un autre magistrat également compétent, on ne pourrait pas soutenir qu'il dût aussi reconnaître le rapport obligatoire, en le considérant comme basé sur la loi du pays où les relations personnelles auraient été nouées et appliquer strictement la *lex loci*. Il nous paraîtrait plus conforme aux véritables principes, que ce magistrat tînt compte de la condition des personnes pour décider si, étant donnée cette condition, elles devraient ou non être considérées comme soumises à la loi locale en tant qu'elle impose l'obligation de la réparation du dommage en raison des rapports personnels existant entre l'auteur de ce dommage et la partie lésée. Par conséquent, si les deux parties étaient citoyens du même Etat, le magistrat pourrait tenir compte de leur loi nationale, pour décider si, eu égard à leur condition et à leurs rapports personnels, on devrait ou non considérer comme admissible l'action intentée par l'une contre l'autre pour la réparation du dommage.

C'est ainsi, par exemple, qu'à notre sens, devrait être jugée l'action en dommages et intérêts basée sur la cohabitation illicite de deux personnes appartenant au même pays. Etant donné que la loi territoriale admette l'obligation de la réparation du dommage causé en pareil cas, on ne pourrait incontestablement pas exclure l'autorité des prescriptions de cette loi, lorsque l'action serait introduite devant un tribunal territorial. Il est clair en effet que les lois territoriales qui protègent les bonnes mœurs et qui règlent les conséquences juridiques du fait illicite et immoral doivent avoir une autorité impérative *erga omnes*, même en tant qu'elles imposent l'obligation de la réparation du dommage pour mettre un frein aux passions humaines et pour effacer le désordre social résultant du fait immoral.

Mais si l'action était introduite devant les juges du pays des parties, on ne pourrait pas prétendre que le magistrat national dût appliquer la loi étrangère, sous l'empire de laquelle on soutiendrait que le droit à la réparation du dommage aurait été acquis. En effet les lois de police ont toujours une autorité territoriale et l'action qui en dérive ne peut pas être exercée en pays étranger. Il devrait, à notre sens, être décidé de même, si l'instance était introduite devant un tribunal d'un Etat tiers également compétent. Ce tribunal pourrait aussi, dans l'hypothèse où les deux intéressés appartiendraient au même pays, tenir compte de leur loi nationale, pour décider si d'après elle on pourrait qualifier comme un quasi-délit le concubinage ayant existé à l'étranger et en faire base d'une action civile en dommages intérêts.

1267. — On doit décider de même à l'égard des quasi-délits contre l'organisation de la famille. Il en serait ainsi notamment en matière d'adultère de la femme, lorsque la loi régulatrice des rapports de famille imposerait, comme le fait par exemple la législation anglaise, au complice l'obligation de réparer le dommage causé au mari outragé. Dans ce cas, la responsabilité civile ne pourrait pas être écartée, lorsque l'action serait introduite devant les tribunaux du lieu où le fait se serait produit, même si tous les intéressés appartenaient au même pays et si leur loi nationale ne prescrivait pas l'obligation de réparer le dommage. La raison de cette décision est toujours la même, c'est que les lois promulguées par la souveraineté territoriale dans l'intérêt des bonnes mœurs ont une autorité impérative *erga omnes*. Etant donné au contraire que l'action ait été portée devant les tribunaux du pays des intéressés, et que la femme, le mari et le complice appartiennent tous à ce pays, il nous semble que l'obligation pour le complice de réparer le dommage peut être exclue par application de la loi nationale, à laquelle les personnes sont soumises en ce qui concerne leur état personnel et leurs rapports de famille. Nous disons cela parce que l'obligation

des dommages et intérêts, étant fondée sur cette loi, doit être appréciée d'après ses prescriptions par le juge saisi de l'affaire.

Dès lors nous admettons que le mari anglais, lésé par suite de l'adultère commis par sa femme en Angleterre, pourrait invoquer partout l'application de la loi anglaise pour obtenir la réparation du dommage causé par le complice, et que le magistrat saisi du litige devrait décider par application de la loi anglaise. Nous sommes en outre d'avis que, si le fait s'était produit ailleurs qu'en Angleterre, étant donné que l'action pût être introduite devant les tribunaux anglais, ceux-ci pourraient appliquer leur loi nationale, qui consacre l'obligation de dommages et intérêts à l'encontre de l'individu qui a porté atteinte à l'organisation de la famille. Nous pensons aussi que, dans le cas où le fait se serait produit en Italie et où le mari, la femme et le complice seraient tous Anglais, le mari pourrait utilement exercer l'action en dommages et intérêts contre le complice de sa femme adultère et invoquer la loi régulatrice de ses rapports de famille et de son état personnel, pour demander devant les tribunaux italiens la condamnation en réparation du préjudice résultant pour lui de l'adultère de la part du complice, bien que la loi italienne ne reconnaisse pas l'action en dommages intérêts en cette matière. Nous n'admettons cependant pas que le mari italien, en introduisant son action devant les tribunaux italiens, puisse utilement réclamer des dommages et intérêts au complice de sa femme, dans le cas où l'adultère aurait été commis en Angleterre, quoique, ainsi que nous l'avons déjà dit, il aurait pu le faire dans ce pays conformément aux dispositions de la loi anglaise.

Nous ferons en outre remarquer que la sentence du tribunal anglais, qui aurait condamné le complice à des dommages et intérêts, pourrait être déclarée exécutoire en Italie à la suite d'une instance en *délibation*, parce que l'article 12 des dispositions générales du Code civil italien ne fait pas obstacle à l'exécution de cette décision.

En effet, d'après les principes du droit commun international, les lois de police obligent toutes les personnes qui se trouvent sur le territoire où ces lois sont en vigueur, et les obligations contractées légalement doivent être exécutées. Si, dans le cas en question, on voulait introduire l'action devant les tribunaux italiens, elle pourrait être déclarée irrécevable, parce qu'aux termes de la loi italienne elle manquerait de base, le droit public ayant une autorité exclusivement territoriale.

Il en serait cependant tout autrement si l'action avait d'abord été exercée en Angleterre et si le tribunal anglais compétent avait prononcé contradictoirement une condamnation à des dommages et intérêts. Dans cette hypothèse, l'instance aurait pour objet de contraindre le débiteur à accomplir l'obligation résultant de la condamnation du juge compétent et on ne pourrait pas invoquer utilement la disposition de l'article 12 pour s'opposer à l'exécution de la sentence. On ne pourrait en effet pas soutenir que l'ordre public serait atteint, par le fait que le débiteur serait contraint d'exécuter l'obligation légalement formée aux termes de la loi du pays étranger, à laquelle le créancier et le débiteur étaient soumis d'après les principes du droit international alors que le rapport contesté avait pris naissance.

1268. — Par application des principes que nous avons exposés, nous admettons que la responsabilité civile des personnes, imposée en considération des rapports de famille, telle que par exemple celle mise à la charge du père et de la mère en raison du dommage causé par leurs enfants mineurs habitant avec eux, aux termes des articles 1153 du Code civil italien et 1384 du Code civil français, s'impose à toutes les familles qui se trouvent en Italie ou en France, et cela toujours en vertu de l'autorité territoriale *erga omnes* de la loi qui concerne cette matière, eu égard à sa nature et à sa finalité.

Nous admettons en outre, qu'étant donnée l'hypothèse d'une famille italienne résidant dans un pays étranger où il

n'existe aucune loi conforme à la nôtre à l'égard de la responsibilité civile des parents, la partie lésée pourrait se baser sur la loi régulatrice des rapports de famille, le Code italien, pour obtenir des tribunaux étrangers la condamnation du père italien ou à son défaut de la mère italienne à la réparation du dommage causé par leurs enfants mineurs habitant avec eux.

1269. — A l'égard des obligations civiles résultant du délit, certains auteurs ont soutenu qu'elles devaient être régies, non par la loi du lieu où le délit a été commis, mais par celle du tribunal compétent. Cette opinion est celle de Vaechter et de Savigny[1].

Ces auteurs voudraient, en cette matière, faire admettre les règles concernant l'application de la loi pénale pour la répression du délit. En effet le principal argument invoqué par Vaechter c'est que, de même que le magistrat appelé à juger en matière pénale doit appliquer la loi en vigueur dans son pays et non celle du lieu où le délit a été commis, de même c'est d'après cette loi qu'on devrait déterminer la responsabilité civile qui peut être la conséquence du fait délictueux. En ce qui concerne la responsabilité pénale, nous aussi nous admettons que la loi qui édicte la pénalité destinée à protéger le droit lésé ne peut avoir aucune autorité exterritoriale, parce que la justice pénale, aussi bien que l'action pénale, est territoriale, et que dès lors, étant donnée la compétence d'un magistrat pour juger la personne qui a commis un délit en pays étranger, ce magistrat ne peut juger et punir qu'en conformité de la loi pénale promulguée par la souveraineté de l'Etat où l'instance est introduite. On ne saurait toutefois dire la même chose des conséquences civiles, qui peuvent résulter du fait délictueux et de l'obligation de réparer le dommage causé.

Le droit pour la partie lésée d'obtenir la réparation du

[1] Vaechter, dans l'*Archiv. für civilistiche praxis*, t. XXV, p. 389 et suiv. ; Savigny, *Traité de Droit romain*, t. VIII, § 374 i. f. — Voir *contra*, Bar, *Das international Privatundstraftrecht*, § 88.

dommage doit être réputé acquis en vertu de la loi en vigueur à l'époque et au lieu où le fait délictueux a été accompli. Il doit donc être considéré comme un droit privé et patrimonial, distinct de celui qui naît de l'action pénale. Cette action résulte de la loi pénale et constitue un droit propre à la souveraineté, qui édicte une pénalité contre l'auteur du délit pour réparer le dommage collectif qui en résulte. Au contraire le droit d'être indemnisé constitue le droit privé appartenant d'après la loi civile à la victime du délit. Or, étant admis que ce droit doit être considéré comme acquis en vertu de la loi qui l'attribue à la partie lésée, il nous semble que le magistrat compétent pour juger doit appliquer la *lex fori* pour tout ce qui concerne l'instance pénale et l'application de la peine, mais que, pour ce qui concerne la responsabilité civile et la réparation du dommage, il doit observer la loi du lieu où est né et a été acquis, comme conséquence du fait délictueux, le droit d'obtenir des dommages et intérêts.

1270. — Il faut toujours distinguer nettement l'idée du délit civil de celle du délit pénal, et aussi la responsabilité civile de la responsabilité pénale. Le délit, au point de vue du droit pénal, est toujours puni d'une peine afflictive, ou correctionnelle, ou de simple police, en raison du dommage social qu'il produit ; mais il ne peut pas toujours être considéré comme un délit civil. En effet la loi pénale réprime la simple tentative, bien qu'il n'en résulte pas nécessairement un dommage privé ou patrimonial, et d'autre part il peut y avoir des délits civils, par exemple le stellionat, qui n'ont pas le caractère délictueux d'après la loi pénale[1]. Nous disons cela, parce que nous voulons démontrer l'inexactitude de l'assimilation qu'on a voulu faire entre le délit civil et le délit pénal au point de vue de la loi qui leur est applicable.

[1] Un autre délit civil est celui prévu par l'article 1155 du Code civil italien, qui déclare à la charge du propriétaire, qui a négligé de faire des réparations à un édifice, les dommages résultant de la chute de cet édifice, quand cette chute a été le résultat de ce défaut de réparations ou d'un vice de construction.

Il faut en effet se rappeler qu'entre le délit pénal et le délit civil il existe une différence essentielle. Le premier n'existe qu'à la condition qu'un individu ait frauduleusement violé un droit garanti par la loi à l'aide de sanctions pénales. Le second au contraire n'existe que lorsque le fait délictueux a porté une atteinte actuelle et effective à un droit privé patrimonial. Le premier donne naissance à la responsabilité pénale, en vertu de laquelle quiconque est l'auteur de la violation du droit, soit comme auteur principal, soit comme complice, est tenu de réparer, en subissant la peine édictée par la loi, le dommage social résultant du délit. Le second est la base de la responsabilité civile, qui implique la réparation de tout dommage patrimonial causé aux particuliers; d'où il résulte que l'obligation de réparer le dommage n'existe que dans le cas où ce dommage a été réellement causé et qu'elle ne peut s'étendre au delà du montant du préjudice.

Dès lors il peut y avoir des faits délictueux réprimés par la loi pénale, soit parce qu'ils constituent un péril pour la société, soit parce qu'ils portent atteinte à l'ordre public ou aux intérêts sociaux, et qui cependant ne peuvent pas motiver la responsabilité civile, pour l'unique raison qu'ils n'ont produit effectivement aucune violation des droits patrimoniaux privés, ce qui est la condition indispensable pour l'existence de la responsabilité *jure civili*. D'autre part il peut exister des cas innombrables de dommages causés aux personnes, aux biens et aux droits patrimoniaux, qui constituent un délit civil, bien qu'ils n'aient pas le caractère de délit pénal.

Un exemple du premier cas, c'est notamment le délit d'association de malfaiteurs, qui motive une répression sévère, même lorsque les associés n'ont pas pu exécuter leurs projets et n'ont causé aucun dommage matériel à la propriété ou aux personnes, par le motif qu'ils ont été frappés par la justice avant l'accomplissement d'aucun acte d'exécution.

Nous pourrions citer beaucoup d'exemples du second cas, les troubles apportés à la possession, les saisies injustifiées,

les déplacements de limites, les dommages causés à l'aide de toute espèce d'abus du droit de propriété. Ce sont là en effet des actes qui ont le caractère de délit civil sans avoir celui de délit pénal.

Il faut tenir compte de notre distinction, parce que, s'agissant de deux choses essentiellement différentes, les principes concernant la loi qui doit régir l'obligation et l'action et les conséquences de l'obligation et de l'action doivent être différents.

Lorsque le fait illicite constitue un délit de droit pénal, l'action pénale et l'action civile qui en résultent, se référant au même fait, peuvent être exercées simultanément ou séparément. Quand l'exercice de ces actions se produit au lieu du délit, la loi de ce lieu coïncidant avec la *lex fori,* il n'y a aucune possibilité de conflit de législations.

Il peut au contraire arriver que l'action pénale soit exercée dans un autre pays. Il peut en être ainsi dans tous les cas où, l'autorité exterritoriale de la loi pénale étant admise, la juridiction territoriale et la juridiction exterritoriale existent concurremment. C'est alors que peut se poser la question de savoir si la loi édictant la peine doit aussi servir à déterminer la responsabilité résultant du délit. En tenant compte de notre distinction et en considérant que l'objet de l'action pénale et celui de l'action civile en dommages-intérêts sont distincts, en raison tant de leur nature que des règles qui en déterminent l'exercice, on ne peut pas admettre que toute difficulté puisse être écartée par suite de l'application intégrale de la loi du lieu où l'instance est introduite. Même dans l'hypothèse où l'action civile en dommages intérêts est exercée devant la juridiction pénale, par la victime du délit qui s'est constituée partie civile, on ne peut pas admettre que les contestations relatives à l'admissibilité de l'action en général, celles concernant spécialement l'action civile et l'action pénale dérivant du délit et ayant trait au fond du droit, puissent être résolues par application de la *lex fori.* Il faut au contraire admettre que, l'action pénale et l'action civile étant distinctes

et d'une nature différente, les règles, qui déterminent l'exercice de l'une et l'autre de ces actions à l'égard des lois de pays différents, ne peuvent pas dériver complètement de la loi du pays étranger où l'instance pénale est introduite.

Ce n'est du reste pas le lieu ici de traiter à fond cette question, que nous avons étudiée dans notre ouvrage relatif au Droit pénal international[1]. Nous nous contenterons de faire remarquer qu'étant donné le principe incontestable que l'autorité de la loi pénale est territoriale, il en résulte que, même lorsque le magistrat d'un pays donné peut être considéré comme compétent pour juger pénalement un fait délictueux commis à l'étranger, il ne peut statuer sur la culpabilité du prévenu et appliquer la peine, que par application de la loi de son propre pays, d'où il s'ensuit que la responsabilité pénale doit être régie intégralement par la *lex fori*.

Au contraire, en ce qui concerne les obligations civiles résultant du délit, il ne saurait être interdit au magistrat d'appliquer la loi étrangère, sous l'empire de laquelle a pris naissance le rapport obligatoire qui existe entre les parties intéressées. On ne peut donc pas soutenir que l'action civile résultant du délit doive être entièrement régie par la *lex fori*, par la simple raison que cette action est exercée conjointement avec l'action pénale.

Nous nous bornerons donc à conclure, qu'on ne saurait soutenir en principe que la même loi doive toujours régir les conséquences pénales et les conséquences civiles du délit. En ce qui concerne la responsabilité pénale, d'après les principes du Droit public, la loi doit avoir un caractère strictement territorial, parce que tel est celui de l'action pénale, et par conséquent tout doit être déterminé par application de la *lex fori*, lorsque le juge est compétent. Au contraire, à l'égard de la responsabilité civile, on peut admettre, sans porter aucune atteinte aux principes de la justice qui doivent régir l'autorité

[1] Voir notre ouvrage, *Effetti internazionali delle sentenze et degli atti*, 2e partie, matière pénale, Lœscher, Turin 1877.

des lois et la juridiction des tribunaux, que la loi du lieu du délit, qui attribue à la partie lésée le droit à des dommages-intérêts, peut régir les conséquences de ce délit, même lorsque l'instance pénale a été introduite devant les tribunaux d'un pays différent.

1271. — Il nous semble conforme aux principes que nous venons d'exposer, d'admettre que, par exemple, un Italien, qui en Autriche, aurait séduit une femme et en aurait eu un enfant, pourrait être condamné à des dommages et intérêts par application de la loi autrichienne, d'après laquelle ce fait est qualifié délit civil, même lorsqu'il ne peut pas être réprimé comme délit d'après la législation pénale.

En effet, dans le code civil autrichien, il existe un chapitre très important, où se trouvent édictées des règles applicables à la responsabilité civile résultant d'un acte ou d'une omission injustes ou dolosifs, ou d'une négligence évidente.[1]

L'article 1328 de ce chapitre est ainsi conçu : « Quiconque « séduit une femme et procrée avec elle un enfant doit « supporter les frais de l'accouchement et des suites de « l'accouchement et remplir toutes les autres obligations du « père déterminées dans le chapitre III de la première partie « de ce Code ».

Or, dans le chapitre III, ce même législateur dispose ainsi : (art. 165-166) : « Les enfants illégitimes ne jouissent pas « généralement des droits de famille et de consanguinité. Ils « ont cependant le droit d'exiger de leurs auteurs des « aliments, l'éducation et l'établissement en proportion de « leurs ressources... Ils ne sont pas soumis à la puissance « paternelle de celui qui les a engendrés, mais ils sont assistés « et représentés par un tuteur ».

1272. — Il est incontestable que, si l'action en dommages-intérêts était introduite devant les magistrats autrichiens,

[1] Ch. XXX, de la 2e partie, 2e section, art. 1293 à 1341.

ceux-ci devraient appliquer la loi de leur pays; mais la question pourrait être discutée, si l'affaire était soumise aux tribunaux italiens.

Il nous semble en cette matière, indispensable de faire une distinction, suivant que la femme séduite est italienne ou étrangère. Dans le premier cas, nous pensons que l'action n'est pas admissible en Italie, en nous basant sur les règles posées précédemment à l'égard de l'obligation des dommages-intérêts dérivant du concubinage ou de l'adultère.[1].

La question serait plus délicate dans le second cas, celui où un Italien aurait séduit en Autriche une femme n'appartenant pas à son pays, et où cette femme introduirait devant les tribunaux italiens l'action en dommages-intérêts.

Cette action pourrait-elle être rejetée? Pourrait-on prétendre que, non seulement elle n'est pas fondée d'après la loi italienne, mais qu'elle est inadmissible, parce qu'elle tendrait à introduire la recherche de la paternité, contrairement à l'article 189 du Code civil italien, qui déclare cette recherche inadmissible?

Bien qu'à première vue l'inadmissibilité de l'action de la femme séduite puisse paraître fondée, l'opinion contraire nous semble cependant plus sérieuse.

Il faut en effet remarquer qu'il s'agit d'un délit civil commis par un Italien en Autriche sous l'empire de la loi autrichienne. Or nous avons démontré que chaque fois qu'il s'agit d'un fait volontaire accompli sciemment dans un pays, dont la loi considère ce fait comme imputable à son auteur, qu'elle déclare responsable du dommage causé, le droit à l'indemnité acquis par la partie lésée doit être déterminé et reconnu d'après la loi du lieu où il est né, même lorsque la question est déférée à un magistrat d'un autre pays. Dans notre espèce, on pourrait bien prétendre que l'action serait irrécevable comme contraire à l'article 189 du Code civil italien qui interdit la recherche de la paternité et, comme incontesta-

[1] Voir *suprà*, § 13.

blement cet article est au nombre des dispositions concernant l'ordre public, il pourrait sembler évident qu'il ne serait pas permis d'y déroger par application de la loi autrichienne.

Cela serait exact s'il s'agissait de l'action introduite par l'enfant pour la recherche de son père naturel. Il en serait de même si l'action engagée pour obtenir des dommages-intérêts à raison de la séduction pouvait avoir pour résultat d'établir le rapport de paternité et de filiation naturelles avec tous les effets légaux qui en résultent dans le système consacré par le législateur italien.

Il faut toutefois noter que, dans le système du Code civil italien, la condition juridique de l'enfant naturel repose entièrement sur le rapport de consanguinité et que le législateur interdit la recherche de la paternité, parce que les liens du sang ne peuvent pas être établis d'une façon certaine par une enquête.

L'action de la femme séduite n'aurait pas pour but certain d'établir la condition de filiation naturelle à l'égard de l'enfant engendré à la suite de la séduction. Elle tendrait au contraire à obtenir la réparation du dommage de la part de l'auteur, qui aurait volontairement et sciemment commis le fait illicite sous l'empire de la loi autrichienne, qui en règle les conséquences juridiques en imposant à l'auteur l'obligation de réparer ce fait. Or il ne nous semble pas qu'on puisse considérer comme atteint l'ordre public, tel qu'il est réglé d'après le système admis dans la loi italienne, par le fait que le magistrat italien reconnaîtrait les conséquences légales du fait illicite accompli par un Italien à l'étranger, en appliquant la loi en vigueur dans le pays où le fait se serait produit et en condamnant l'auteur de ce fait à des dommages-intérêts.

Il est à noter que l'action de la femme dans notre hypothèse ne tendrait pas à provoquer de la part du magistrat italien une sentence déclarant l'état d'enfant naturel de l'individu né en Autriche à l'égard de l'Italien, dont il prétendrait être le fils, ce qui la rendrait inadmissible, parce que dans le système du Code civil italien la condition d'enfant naturel,

reposant sur le rapport de consanguinité, ne peut résulter que de la reconnaissance. L'action ainsi introduite tendrait au contraire à prouver le fait illicite à seule fin d'obtenir l'indemnité qui serait due. Par conséquent le juge italien ne déciderait rien à l'égard de l'état personnel d'enfant naturel et des effets civils de cet état aux termes de la loi italienne. Il serait au contraire appelé à constater et à déclarer les circonstances du fait illicite, circonstances qui, d'après le système consacré par le législateur autrichien, existent indépendamment du rapport de consanguinité. Dans ce système de lois, l'obligation de l'indemnité existe en effet même à l'égard du père probable, parce qu'elle est la conséquence de la séduction. La femme corrompue à l'aide d'artifices coupables de l'homme a pu même être enceinte du fait d'autrui, mais c'est toujours le séducteur qui doit être responsable, et avec raison.

Dès lors, en considérant que la sentence du magistrat italien ne déciderait rien à l'égard de l'état personnel, et que même en reconnaissant que la femme séduite aurait mis au monde un enfant, elle ne déciderait rien à l'égard du rapport de consanguinité et de la paternité d'après le système du législateur italien, mais reconnaîtrait seulement les circonstances du fait relatives à la séduction accomplie sous l'empire de la loi étrangère, dans le but d'en régler les conséquences légales en conformité de la législation du pays où ce fait se serait réalisé. C'est pour ces motifs que nous pensons que le magistrat italien pourrait, sans nullement déroger aux lois de son pays, accueillir la demande dans notre hypothèse et condamner l'auteur du fait illicite à réparer le dommage.

1273. — Etant donné qu'en certains cas la loi nationale peut régir les obligations naissant du délit, nous croyons utile de préciser dans quelle mesure on doit appliquer cette loi. Si, par exemple, un citoyen était traduit en justice à raison d'un délit commis à l'étranger et si la loi italienne accordait une réparation civile plus étendue que celle du lieu

du délit, le magistrat italien pourrait accorder des dommages et intérêts à raison du délit, suivant la mesure édictée par la loi italienne. C'est qu'en effet le citoyen portant partout avec lui son caractère national, doit en principe rester soumis aux lois de sa patrie, même lorsqu'il réside à l'étranger; par conséquent, ces lois doivent régir toutes les conséquences du fait illicite qui a eu pour résultat la violation de ces lois.

1274. — La responsabilité civile, dont nous nous sommes occupé jusqu'ici, ne doit pas être confondue avec celle qui peut résulter du fait qui consiste dans l'inaccomplissement coupable de l'obligation contractuelle.

Cet inaccomplissement coupable est aussi un fait illicite, qui comporte l'obligation de réparer l'atteinte au contrat imputable au débiteur. Néanmoins les deux ordres de responsabilité doivent être distingués nettement, parce que ce ne sont pas les mêmes règles qui doivent servir à déterminer l'autorité de la loi à l'égard de la responsabilité civile contractuelle et à l'égard de la responsabilité appelée couramment aquilienne (en souvenir de la *lex aquilia*) et résultant du fait que la loi déclare civilement imputable en raison de la faute de son auteur.

La responsabilité civile contractuelle, ayant pour fondement le contrat, doit être déterminée d'après la loi qui doit régir ce même contrat. Il faut donc se référer à la *lex loci contractus*, pour décider si la demande d'indemnité doit ou non être considérée comme fondée et pour trancher toute question relative à l'*an debeatur*. Au contraire, la responsabilité civile aquilienne, ainsi que nous l'avons démontré, doit dépendre de la loi du lieu où le fait a été accompli, et par conséquent toute difficulté relative à l'*an debeatur* doit être décidée d'après la *lex loci*.

Notre distinction peut avoir son importance pratique. Toutes les lois ne consacrent pas les mêmes principes à l'égard de la faute contractuelle. Il peut exister et il existe des graduations en ce qui concerne cette faute et des règles spéciales

pour déterminer quand le défaut de diligence de la part du débiteur peut constituer la faute contractuelle qui lui est imputable. De même, à l'égard de la responsabilité dérivant du fait de l'homme, il y a des lois telles que, par exemple, le Code civil italien (art. 1153), qui reconnaissent la responsabilité civile même à la suite de l'imprudence. Il est clair dès lors que pour trancher la question *an debeatur* à raison d'un fait accompli en Italie et imputable seulement en raison de l'imprudence, il faut avant tout examiner attentivement si la responsabilité civile a trait à un contrat ou au contraire résulte du fait de l'homme. Si elle concernait un contrat passé en pays étranger, il faudraît appliquer la *lex loci contractus,* pour décider l'*an debeatur,* c'est-à-dire pour dire si l'imprudence dans l'exécution du contrat pourrait ou non engendrer une responsabilité civile à l'encontre du débiteur.

La distinction peut aussi exercer une influence décisive pour statuer à l'égard de la charge de la preuve.

Le législateur italien, à l'article 1225, dispose que : « Le « débiteur sera condamné à des dommages-intérêts, tant pour « l'inaccomplissement de l'obligation, que pour le retard de « l'exécution, s'il ne prouve pas que l'inaccomplissement ou « le retard soient dérivés d'une cause étrangère à lui non « imputable, bien qu'il n'ait existé de sa part aucune mau- « vaise foi. »

Si dès lors il était question d'un contrat régi par la loi italienne, l'obligation aux dommages-intérêts, indépendamment du lieu où l'instance serait introduite et du lieu où aurait été accompli le fait allégué comme commis en violation du contrat, devrait être déterminée d'après la loi italienne. En effet, s'agissant d'une faute contractuelle, la question *an debeatur* pendante entre le créancier et le débiteur devrait être résolue conformément aux dispositions du Code civil italien (qui constituerait la *lex loci contractus*) à l'égard des obligations contractuelles. Par conséquent, s'il est question d'un contrat conclu en Italie, comme, aux termes de la loi italienne, le débiteur est responsable tant qu'il ne prouve pas que

l'inaccomplissement par lui du contrat a eu lieu par suite de cas fortuit ou de force majeure, l'obligation de dommages-intérêts envers le créancier peut lui être imposée, quelles que soient les dispositions de la *lex fori*, tant qu'il n'a pas fait cette preuve.

Si au contraire il s'agissait de responsabilité aquilienne, comme la preuve est à la charge de celui qui demande la réparation du dommage imputé à autrui à raison d'une faute ou d'une imprudence, le demandeur devrait établir d'abord quel est l'auteur du fait et ensuite la faute, la négligence ou l'imprudence de cet auteur, afin d'en déduire sa responsabilité directe ou indirecte.

1275. — Notre distinction peut avoir, en outre, son importance à l'égard de la compétence du magistrat pour connaître de l'action en dommages-intérêts.

Si en effet l'action pouvait être considérée comme fondée sur l'atteinte portée au contrat, en d'autres termes s'il s'agissait de responsabilité contractuelle, on pourrait sans hésitation admettre que la compétence pourrait être attribuée au magistrat du pays du lieu de la conclusion ou à celui du lieu de l'exécution du contrat, et cela par application de la règle que toute question relative à un contrat est de la compétence du magistrat du pays où le contrat a pris naissance. Si au contraire il s'agissait d'une faute résultant d'un délit et par conséquent de responsabilité aquilienne, on ne pourrait pas considérer comme compétent pour en connaître le magistrat du pays du demandeur, mais au contraire celui du lieu où le délit aurait été commis ou celui du domicile de l'auteur du délit.

Une grave discussion à cet égard s'est élevée au sujet de l'abordage, dans les eaux de Gibraltar, du vapeur anglais *Utopia*, qui transportait 500 voyageurs italiens en Amérique, avec le navire *Anson*. On soutenait que cet abordage provenait de l'imprévoyance du capitaine. L'action en dommages-intérêts ayant eté introduite devant le tribunal de Naples, où

avait été conclu le contrat d'affrètement, on opposa l'exception d'incompétence, qui fut l'objet d'une longue discussion. Les demandeurs soutenaient qu'il s'agissait d'une responsabilité contractuelle, parce qu'aux termes du contrat d'affrètement passé à Naples on devait considérer comme implicitement convenu que l'armateur du navire avait contracté l'obligation, sauf le cas de force majeure, de transporter les voyageurs sains et saufs en Amérique, en voguant vers ce pays suivant les principes de la navigation et les données de la pratique, et que dès lors, n'ayant pas effectué le transport convenu, il avait violé les lois du contrat et que, l'inaccomplissement de ses engagements étant le résultat d'une faute à lui imputable, on devrait le considérer comme ayant encouru la responsabilité contractuelle.

Ce n'est pas ici le lieu d'examiner à fond cette affaire. Nous avons voulu uniquement la noter, dans le seul but de bien indiquer combien il importe de distinguer nettement s'il s'agit d'une faute contractuelle ou bien d'une faute aquilienne, en raison des conséquences qui peuvent résulter de cette distinction au sujet de la loi qui doit régir la responsabilité civile et la compétence du juge.

LIVRE CINQUIÈME

DES DROITS DE SUCCESSION.

1276. Généralités. — 1277. Objet de ce livre. — 1278. Division des matières.

1276. — Dans la partie générale, nous avons exposé sommairement quelle est la loi qui doit régir la succession d'après les principes du Droit international privé. Actuellement nous allons examiner spécialement quelle loi doit régler les différents droits qui dérivent de la succession et les rapports juridiques qui sont les conséquences de l'ouverture de la succession et de la transmission de l'hérédité.

L'objet de notre étude présente, en raison de sa nature, des difficultés beaucoup plus grandes que celles que nous avons rencontrées lorsque nous avons recherché quelle est la loi qui doit régir la condition civile de la personne, les rapports de famille, et les obligations résultant des contrats et des quasi-contrats.

Il est à noter tout d'abord que les lois positives en matière de succession diffèrent d'une façon notable, et que les divergences qu'elles présentent résultent surtout de la façon différente dont les législateurs ont conçu les rapports de la succession avec la loi personnelle du défunt et avec la loi territoriale du pays où se trouvent les choses qui constituent la masse héréditaire.

Les juristes, pas plus que les législateurs, n'ont pu se mettre d'accord sur la nature et le caractère de la loi relative aux successions. Les auteurs du moyen-âge ont discuté longue-

ment la question de savoir si, étant donnée la nature de la succession, les lois qui la concernent ont le caractère de statut personnel ou de statut réel[1], et on ne peut pas dire que, de nos jours, il se soit établi une opinion commune pour résoudre dans tous les cas cette question d'une façon certaine dans un sens ou dans l'autre.

Pour nous tenir dans les généralités, tout le monde admet que le conflit des lois en matière de succession, comme toute autre catégorie de conflit qui peut naître par suite du concours de lois non uniformes d'Etats différents, doit être résolu en précisant celle des lois en concurrence qui doit régir le rapport juridique en question. Tous les auteurs admettent également que le pouvoir de régler par des dispositions législatives tout rapport juridique ne peut appartenir qu'au législateur auquel on doit attribuer la compétence législative en ce qui concerne ce rapport. Mais en fait l'accord sur la compétence législative de chaque souveraineté ne s'est pas plus réalisé entre les Etats qu'entre les juristes. En effet il ne s'est pas encore établi entre ces derniers une opinion commune sur les principes d'après lesquels doit être déterminée la limite de l'autorité de chaque loi d'après la compétence législative. Il est certain que, lorsqu'on se sera mis d'accord à ce sujet, on pourra réaliser la communauté juridique désirée par Savigny, et qui doit consister à admettre un Droit uniforme sur la sphère d'action de chaque loi et une opinion juridique commune sur l'autorité des différentes lois qui se trouvent en concurrence.

On ne saurait se dissimuler qu'en matière de successions, la solution du problème de l'autorité respective des différentes lois est grave, en raison de la matière elle-même et de la nature des choses. En effet, même en faisant abstraction du fondement du droit de succession, qui peut influer d'une façon substantielle sur la détermination de l'autorité plus ou moins étendue de la loi régulatrice, ainsi que sur la nature du

[1] Compar. Laurent, *Droit internat. privé*, T. I, p. 241; T. II, § 121; Lainé, *Droit intern. privé*, T. II, p. 278 et suiv.

caractère de cette loi, quelque système qu'on admette, on ne pourra jamais éliminer la concurrence des lois et, par suite, la difficulté d'établir d'une façon certaine et nette les limites de l'autorité de chacune d'elles.

La succession se trouve en effet en rapport avec le statut personnel, toutes les fois qu'il s'agit de fixer la capacité de transmettre le patrimoine à titre universel ou à titre particulier et celle de l'acquérir de la part des personnes appelées à succéder. Par conséquent, même en admettant que la succession doive être régie par la loi territoriale, et en attribuant à cette loi l'autorité du statut réel, on se trouve toujours en présence de la difficulté de déterminer les limites de l'autorité de la loi territoriale en concurrence avec la loi personnelle, en ce qui concerne la capacité du défunt et celle des héritiers.

Comme du reste la transmission du patrimoine, pour tout ce qui peut se rapporter au régime de la propriété foncière, se trouve toujours connexe avec l'organisation de cette propriété, en tant qu'elle sauvegarde les intérêts économiques, agricoles et industriels de chaque pays, et que par conséquent cette transmission doit naturellement être soumise, à cet égard, à l'autorité de la loi territoriale, il en résulte clairement que, même si on attribue à la loi de la succession le caractère de statut personnel, on ne peut néanmoins pas, dans une limite déterminée, exclure l'autorité de la loi territoriale. Il faudra donc toujours, eu égard aux dispositions législatives en matière de succession, fixer exactement le champ d'action de la loi et déterminer quand elle devra avoir une autorité exterritoriale, et quand, au contraire, elle devra avoir un empire absolu sur le territoire, de façon à exclure l'application de toute loi étrangère.

La succession à titre universel a pour effet de faire de l'héritier le continuateur et le représentant de la personnalité juridique du défunt, de façon qu'à l'égard du tiers, il n'y a de modification que dans le sujet des droits et des obligations, lesquels subsistent sans aucun changement substantiel. Dès

lors, quand il s'agit de préciser la loi qui doit régir le paiement des dettes héréditaires, il surgit de graves difficultés pour la déterminer par rapport à la substance objective des obligations du défunt, qui ont été transmises, en vertu de la succession, aux héritiers légitimes ou testamentaires.

Il peut également naître de graves difficultés au sujet des actions exercées par les héritiers pour se faire mettre en possession des biens et valeurs de la succession, pour arriver au partage, et au sujet de celles introduites tant par les successeurs à titre particulier, que par les créanciers de la succession. En effet, dans aucun système, on ne saurait exclure d'une façon absolue l'autorité de la loi territoriale, ni préciser par des règles générales la limite de la force obligatoire de chacune des lois qui peuvent se trouver en concurrence.

1277. — Nous avons dit dans la partie générale que tout droit civil, en tant que faculté juridique appartenant à chacun, ne peut exister qu'en présence de trois éléments : 1° la personne qui est le sujet auquel appartient le droit ; 2° la lo édictée par l'autorité investie de la puissance impérative de déclarer, d'attribuer et de régler le droit qui appartient à la personne ; 3° le fait, c'est-à-dire l'ensemble de circonstances qui doivent, d'après la loi elle-même, exister d'une façon effective et intégrale, pour que le droit puisse être considéré comme né et attribué à la personne. Donc, étant donné que la loi est un des éléments substantiels de tout droit civil, il faut également admettre que les droits de succession doivent avoir leur base dans la loi civile, en ce sens qu'ils doivent être attribués à chaque personne tels qu'ils sont déclarés et déterminés par la loi civile. Par conséquent les droits de succession donnent naissance à la question fondamentale de savoir à quel législateur doit être attribué le pouvoir de déclarer, déterminer et régler la transmission du patrimoine aux héritiers et de fixer à l'égard de ceux-ci l'ordre de la succession, la mesure des droits héréditaires et d'indiquer toute sorte de

rapports juridiques qui peuvent résulter de la transmission et de l'acquisition de la succession.

La faculté de disposer de son patrimoine par une déclaration de dernière volonté, qui est qualifiée testament, dérive aussi de la loi, en ce sens que la loi détermine dans quelles circonstances la volonté du testateur peut être réputée légalement déclarée, quand la disposition de dernière volonté peut être considérée comme valide eu égard à la capacité de disposer et de recevoir par testament et eu égard à la substance de cette disposition elle-même. Dès lors, étant donné que la validité intrinsèque de la disposition testamentaire dépend de la loi, se présente naturellement la question de savoir quelle est la loi qui doit régir les droits du testateur et des légataires. Cette question est très complexe lorsque les biens du défunt se trouvent sur les territoires d'Etats différents, ou quand les effets et les conséquences juridiques de la succession, qui s'est ouverte dans un Etat, se produisent dans des pays différents. Comme il est impossible dans ces circonstances d'éliminer la concurrence des lois, il est indispensable de déterminer la loi à laquelle doit être soumis tout rapport juridique contesté en matière de succession.

L'examen de ces questions formera l'objet de l'étude spéciale que nous allons faire.

1278. — Nous tâcherons d'indiquer la loi qui doit régir les successions légitime et testamentaire et nous examinerons les questions relatives à l'ouverture de la succession, à la capacité de transmettre l'hérédité et à celle de la recueillir, à l'ordre des héritiers, à la mesure des droits successifs et à l'acquisition de la succession au moyen de l'acceptation pure et simple et au moyen du bénéfice d'inventaire. Nous discuterons les questions relatives aux diverses formes de testaments, à la validité des dispositions testamentaires par rapport aux biens qui en peuvent former l'objet et en ce qui concerne les personnes qui en peuvent bénéficier, aux droits et aux obligations des héritiers dans leurs rapports entre eux

et avec les créanciers de la succession, au partage de la succession et à l'attribution des lots, aux mesures conservatoires, à la protection des droits du tiers, à la succession vacante et finalement à la donation.

Notre but constant dans toute cette étude sera de mettre en lumière les principes d'après lesquels, en cas de concurrence de lois différentes relativement aux rapports juridiques qui résultent de l'ouverture de la succession, doit être déterminée la loi, d'après laquelle le juge doit apprécier le rapport contesté.

Nous avons cru utile, pour bien mettre en évidence comment la concurrence des lois peut se réaliser, d'exposer sommairement comment les différents législateurs ont fixé les règles sur la loi qui doit régir la succession, suivant que le défunt est citoyen ou étranger, d'après la nature des biens qui constituent la succession, et d'après les lieux où ces biens sont situés.

Nous ne pouvions pas exposer le Droit positif de tous les Etats en cette matière : nous avons dû naturellement nous borner à indiquer sommairement les règles consacrées dans la législation de certains d'entre eux, de façon à donner une idée de la diversité des systèmes admis dans le Droit positif, à indiquer comment les conflits des différentes lois peuvent naître dans la réalité et à indiquer combien il est nécessaire de rechercher les principes propres à résoudre ces conflits.

CHAPITRE PREMIER

DE LA LOI RÉGULATRICE DE LA SUCCESSION D'APRÈS LE DROIT POSITIF DE CERTAINS ÉTATS.

1279. — La succession s'ouvre à l'époque de la mort. A ce moment cesse l'exercice de tout droit de la personne sur son patrimoine et se réalise la transmission à ses héritiers de la totalité des biens du défunt et de l'ensemble des droits et des obligations, qui ne résultent pas de relations purement personnelles.

Tous les droits et toutes les obligations appartenant au défunt à l'égard des choses corporelles mobilières et immobilières et à l'égard des choses incorporelles, pris dans leur ensemble, constituent ce qu'on appelle l'hérédité ou la masse de la succession.

La transmission de la totalité ou d'une partie de l'hérédité aux personnes à qui elle est dévolue, soit en vertu de la loi, soit en vertu de la volonté de l'homme, constitue la succession, et les personnes, appelées soit par la loi, soit par la volonté de l'homme, à recueillir la totalité ou une partie de l'hérédité, peuvent être désignées par l'expression générique d'héritiers.

La loi de chaque pays règle le droit héréditaire, et comme il peut arriver qu'une personne meure hors des limites de l'Etat auquel elle appartient, il est par là même nécessaire de régler la succession des citoyens décédés à l'étranger et celle des étrangers qui meurent sur le territoire de l'Etat. Dans les législations des différents pays on trouve formulées certaines règles sur cette matière, lesquelles sont loin d'être uniformes. Chaque législateur, en vertu de son autonomie et de son indépendance législative, non seulement a décidé en principe si l'étranger pouvait ou non avoir le droit de transmettre son patrimoine et celui d'hériter, mais a aussi édicté les règles qui doivent régir tant la succession de l'étranger dans l'Etat, que celle du citoyen à l'étranger.

Nous allons exposer sommairement le Droit positif de certains Etats en cette matière, pour bien mettre en lumière la dissemblance des règles consacrées par les divers législateurs. Toutefois ici nous négligerons d'indiquer les dispositions légales relatives à la capacité de transmettre et de recueillir la succession, nous proposant d'en parler plus loin, et nous nous bornerons à exposer surtout celles relatives à la fixation de la loi qui doit régir la succession.

1280. — Dans la législation française, on ne trouve formulée aucune règle expresse pour déterminer la loi qui doit

régir la succession de l'étranger ouverte en France ni celle du Français ouverte à l'étranger. Les articles 726 et 912 du Code civil règlent seulement la capacité de l'étranger pour recueillir la succession de biens sis en France et la capacité de disposer au profit d'un étranger. Dans ces articles, se trouve consacrée la règle de la réciprocité formulée en principe dans l'article 11 pour déterminer la jouissance des droits civils de la part des étrangers. Ces dispositions ont toutefois été modifiées par la loi du 14 juillet 1819, qui a abrogé dans son article 1er les articles 726 et 912 du Code civil, en attribuant aux étrangers l'entière capacité de recevoir à titre gratuit les biens existant sur le territoire français[1].

Toutefois, pour empêcher qu'une telle concession ne pût préjudicier à des citoyens français, dans l'article 2 de la loi se trouve formulée la restriction suivante : « Dans le cas de « partage d'une même succession entre des héritiers étrangers « et français, ceux-ci prélèveront, sur les biens situés en pays « étranger, dont ils seraient exclus, à quelque titre que ce « soit, en vertu des lois et coutumes locales ».

Une autre disposition du Code civil est celle de l'article 999, qui concerne la forme du testament fait par un Français à l'étranger et qui est ainsi conçue : « Un Français, qui se « trouvera en pays étranger, pourra faire ses dispositions « testamentaires par acte sous signature privée, ainsi qu'il « est prescrit en l'article 970, ou par acte authentique, avec « les formes usitées dans le lieu où cet acte sera passé. »

1281. — Pour ce qui concerne la loi régulatrice de la

[1] Il est à noter que, bien que la loi du 14 juillet 1819 ait permis aux étrangers d'hériter en France, il n'en résulte cependant pas que l'étranger puisse toujours se prévaloir de son droit d'héritier, toutes les fois que ce droit lui est attribué d'après la loi de son pays. La Cour de cassation française a en effet posé le principe, que cette loi ne confère aux étrangers le droit d'hériter que sous les conditions déterminées par es lois françaises, et dans les cas seulement où les Français seraient eux-mêmes capables de recueillir la succession. Compar. Cass. civ. 24 juin 1878, *Journ. du Palais*, 1878, p. 1102.

succession, il n'existe dans la législation française aucune disposition expresse. Dans le titre préliminaire du Code civil on trouve seulement formulée la règle suivante, par l'article 3 : « Les immeubles, même ceux possédés par des « étrangers, sont régis par la loi française. » La jurisprudence a admis que cet article a reproduit dans sa partie substantielle l'antique théorie, que toutes les dispositions législatives concernant les immeubles ont le caractère de statuts réels et doivent dès lors régir tous les droits relatifs à ces immeubles, même lorsque la personne à laquelle le droit appartient est étrangère.

Cette doctrine a été constamment reçue en France, où on s'est inspiré des paroles suivantes prononcées par Portalis, en présentant le titre préliminaire du Code civil au Corps législatif : « Les lois qui réglent les dispositions des biens « sont appelées réelles. Ces lois régissent les immeubles, lors « même qu'ils sont possédés par des étrangers. » On a dès lors toujours décidé que toutes les dispositions législatives consacrées dans le Code civil français pour régler une succession ab intestat, pour déterminer la réserve et la quotité des biens dont on peut disposer ou qu'on peut recueillir par testament; celles qui interdisent les substitutions, qui limitent la faculté de donner, doivent avoir une autorité impérative même en ce qui concerne les étrangers, quand il s'agit d'appliquer ces dispositions à des immeubles situés en France Aussi la jurisprudence française a admis comme une règle certaine, qu'en quelque pays que la succession se soit ouverte, quelle que soit la nationalité du défunt ou des héritiers, toutes les fois que la succession comprend des immeubles situés en France, cette succession doit être régie par la loi française. On procède alors comme si l'étranger avait laissé deux successions complètement distinctes, l'une comprenant les immeubles situés en France, l'autre tout le patrimoine sis hors de France, et dont la première est soumise à l'autorité de la législation en vigueur en France. On admet dès lors, en ce qui concerne ces biens, que le droit de représentation doit

être régi par le Code civil français[1] ; que l'étranger peut hériter en France d'un autre étranger, pourvu qu'il justifie de sa qualité d'héritier d'après la loi française, sans qu'il y ait lieu de rechercher si cette capacité lui est refusée d'après la législation du pays qui doit régir la succession[2] ; qu'un enfant naturel, qui en cas de concours avec des enfants légitimes, est exclu même de la succession mobilière et qui n'a droit qu'à des aliments, peut cependant réclamer sur les immeubles situés en France la part qui lui est attribuée aux termes des articles 756 et suivants du Code civil français[3].

La règle ainsi établie par une jurisprudence constante se trouve également reconnue dans plusieurs traités conclus entre la France et certains autres Etats, traités où il est expressément stipulé que la succession des immeubles doit être régie par la loi du pays où ils sont situés et que toutes les contestations relatives à ces biens doivent être jugées par les tribunaux de ce pays. Il en est ainsi dans les traités passés avec l'Autriche, le 11 décembre 1866, art. 2 ; avec la Russie, le 1er avril 1874, art. 10 ; avec la Serbie, le 18 juin 1883, art. 8 ; avec le Mexique, le 27 novembre 1886, art. 6 ; avec la Suisse, le 15 juin 1869, art. 5 ; avec la République de Saint-Domingue, le 9 septembre 1882, art. 6 ; avec l'Equateur, le 12 mai 1888.

1282. — Quant à la succession mobilière, la jurisprudence française s'est basée sur le principe général que les meubles,

[1] Compar. Besançon, 25 juillet 1876, Balmiger, *Journ. du Palais*, 1879, p. 1007.

[2] Cour de la Martinique, 18 mai 1878, Begg, *Journ. du Palais*, 1878, p. 989.

[3] Pau, 19 janvier 1872, Etchevest, *Journ. du Palais*, 1872, p. 936. Compar. Demangeat, *Histoire de la condition civile des étrangers*; n° 74, p. 334 et suiv.; Fœlix et Demangeat, *Dr. intern. privé*, T. I, n° 66, Dragoumis, *Condition civile de l'étranger en France*, p. 85 et suiv.; Dubois, *Essai sur le conflit des lois étrangères*, n° 43; Massé et Vergé sur Zachariæ, T. I, § 29, p. 38, note 11; Aubry et Rau, T. I, p. 101, § 31; Despagnet, *Dr. intern. privé*, § 361; Weiss, *Dr. intern. privé, Le Droit de l'étranger*, p. 345 et suiv.; Surville et Arthuys, *Dr. intern. privé*, § 338 et suiv.

considérés dans leurs rapports avec la personne, constituent une universalité juridique et que, par suite de la nature des choses et de la volonté de leur propriétaire, ils doivent, par suite d'une fiction juridique, être réunis tous au lieu du domicile du propriétaire, pour admettre que la transmission du patrimoine mobilier doit être régie par la loi du domicile du défunt. Toutefois la jurisprudence la plus récente admet que le règlement de la succession mobilière doit dépendre de la loi personnelle. Ce principe se trouve consacré par la Cour de Cassation, notamment dans son arrêt du 12 janvier 1869, où on lit : « Attendu que, si la transmission des biens par voie « de succession dérive du Droit naturel, les dispositions « législatives qui régissent les successions et qui réglent la « capacité de disposer ou de recevoir, ainsi que la dévolution « et le partage des biens, appartiennent au droit civil de « chaque nation. »

« Attendu que la succession, considérée dans son univer« salité et comme étant la continuation de la personne du « défunt, ne peut être régie que par la loi qui régissait le « défunt lui-même »[1].

Dans les conventions relatives aux successions conclues avec l'Autriche, la Russie, la Serbie et dans les autres que nous avons indiquées, il est aussi expressément stipulé que la succession, en ce qui concerne les droits sur le patrimoine mobilier du défunt et existant sur le territoire de l'autre partie contractante, même quand le défunt était établi sur ce territoire, doit être réglée en conformité des lois de l'Etat auquel le *de cujus* appartenait, et que les difficultés relatives à cette succession doivent être jugées par le tribunal compétent de ce même Etat. On peut donc soutenir, qu'en l'absence dans la législation française d'une règle expresse relative au règlement de la succession mobilière, cette règle devant être établie conformément aux principes généraux du Droit, on

[1] Cass. 12 janvier 1869, *Journ. du Palais*, 1869, p. 311 : Compar. la note de Labbé, sous l'arrêt de cassation du 22 février 1882, *Id. Id.*, 1882, p. 993.

doit admettre que la succession mobilière doit être régie par la loi personnelle. Du reste ce principe, consacré par la jurisprudence la plus récente, se trouve admis par les jurisconsultes français contemporains les plus autorisés ; de plus, il est consacré dans les traités conclus en cette matière par la France.

Il est à noter toutefois que la jurisprudence française, se basant sur le principe consacré dans l'article 13 du Code civil, modifié en partie par la loi du 26 juillet 1889, que l'étranger, qui a été admis en vertu de l'autorisation du Souverain à établir son domicile en France, peut jouir de tous les droits civils tant qu'il continue à maintenir sa résidence sur le territoire français, a décidé que la condition de cet étranger doit être assimilée à celle du Français pour le règlement de sa succession mobilière[1]. Cette jurisprudence a été vivement combattue par des jurisconsultes autorisés. Renault entre autres soutient que si, aux termes de l'article 13, l'étranger autorisé à établir son domicile en France est admis à la jouissance des droits civils à l'égal des Français, dans cet article il n'est rien spécifié à l'égard de la loi qui doit régler sa condition civile et les droits civils qui lui appartiennent, et que dès lors on n'est pas fondé à prétendre que la succession mobilière de cet étranger doit être régie par la loi française. Cet auteur ajoute, qu'étant donné que la capacité juridique et la condition de celui qui n'est pas naturalisé français doit être réglée d'après le statut personnel ; il en résulte que l'étranger qui a son domicile légal en France ne peut pas être assimilé au Français ni à l'étranger naturalisé, et que par conséquent sa succession mobilière ne doit pas être régie par la loi française[2].

[1] Cass. 22 février 1882, *Journ. du Palais*, 1882, p. 993 et *note* ; Paris 6 janvier 1882, Gourie, *Id.*, 1883, p. 68 ; *Table complément*, V° *Etranger* n° 30 ; Compar. Demangeat, *Histoire de la condition des étrangers*, n°s 81 et 82 ; Dubois, *Essai sur le conflit des lois françaises et étrangeres* ; Bertault, *Questions pratiques du Code Napoléon*, n° 9 ter ; Demolombe, *Cours de Droit civil*, n° 268 *bis*.

[2] Renault, *De la condition des étrangers en France* (*Journ. du Droit international privé*, 1875, p. 329 et suiv.).

Pour nous, la discussion de cette question est sans intérêt, et nous espérons qu'on finira par admettre sans réserve, tout au moins en ce qui concerne la succession mobilière, sans distinguer suivant que l'étranger est ou non domicilié légalement en France, comme le tribunal du Hâvre dans son jugement du 28 août 1872, que la transmission des biens pour tout ce qui ne peut pas intéresser les lois territoriales, doit être régie par la loi personnelle, parce qu'en réalité la transmission du patrimoine au moyen de la succession n'est rien autre chose que la transmission de la personnalité du défunt, qui vient se confondre avec la personnalité de l'héritier.

1283. — Le principe que la succession doit être considérée comme une universalité juridique en rapport direct avec la personne, est admis en France en ce qui concerne le règlement de la succession mobilière.

En effet la jurisprudence, interprétant les dispositions du Code civil français, non seulement a admis que la succession mobilière doit être régie par la loi du domicile, mais a également admis que les biens meubles, en quelque pays qu'ils se trouvent, doivent être considérés comme un seul tout et doivent être transmis en vertu de cette loi. Cette idée, qui inspire toutes les décisions des tribunaux français en matière de succession mobilière, a été clairement exprimée par la Cour de cassation, de la façon suivante, dans son arrêt du 7 novembre 1826 :

« Que sous l'ancienne comme sous la nouvelle jurisprudence, la loi du domicile du testateur doit et peut seule « régir les dispositions de dernière volonté, relativement aux « meubles situés dans l'Etat où cette loi est en vigueur, « ensemble tout le mobilier dépendant de l'hérédité du testateur, sans distinction des Etats de différentes dominations « dans lesquels le mobilier peut se trouver au moment du « décès, les meubles étant censés, par une fiction de droit, « suivre toujours la personne de l'homme »[1].

[1] Cass. 7 novembre 1826, *Journ. du Palais*, 1826, p. 898.

1284. — C'est une première anomalie de considérer le patrimoine comme une universalité juridique s'il est composé de meubles corporels ou incorporels, et de ne plus le considérer comme tel si, outre les meubles, il comprend des immeubles.

Une autre anomalie plus grande se rencontre encore dans le système de Droit international privé admis en France. Après avoir d'abord admis que la transmission héréditaire du patrimoine doit être fractionnée et distincte suivant la nature des biens, et qu'elle doit être régie par la loi française en ce qui concerne les immeubles, et par la loi personnelle pour ce qui concerne les meubles ; ensuite, quand il y a lieu d'appliquer l'article 2 de la loi du 14 juillet 1819, on décide que la succession doit être considérée comme une universalité, quelle que soit la nature des biens et quelle que soit leur situation sur le territoire de tel ou tel Etat.

Aux termes de cet article 2, en cas de concours dans la même succession de cohéritiers étrangers et français, les cohéritiers français sont autorisés à prélever sur les biens existant en France une partie égale à la valeur des biens situés en pays étranger, du partage desquels ils auraient été exclus à un titre quelconque et en vertu des lois et des coutumes locales. Or, quand il s'agit de procéder à ce prélèvement, on admet que tout le patrimoine doit être considéré comme une universalité juridique, sans distinguer les biens qui le composent et que, pour déterminer la partie qui doit être attribuée à l'héritier français, on doit composer de tout le patrimoine une masse fictive, pour établir la masse héréditaire. Voici, du reste, comment s'exprime à ce sujet la Cour de Chambéry :

« Pour déterminer les conditions et les limites dans les-
« quelles peut être exercé le droit de prélèvement que l'ar-
« ticle 2 de la loi du 14 juillet 1819 accorde à l'héritier français
« appelé à concourir avec des cohéritiers étrangers au partage
« d'une même succession, il y a tout d'abord lieu d'évaluer
« d'une manière générale l'importance de cette succession

« tout entière, sans distinguer entre les biens situés en « France et ceux situés à l'étranger. En effet, aux yeux de la « loi française, il n'y a d'abord qu'une seule et même succes- « sion, dont l'évaluation totale peut seule permettre de « résoudre les questions relatives aux rapports, à la quotité « disponible et à la réserve, en vue de l'application de la loi « de 1819 précitée »[1].

Ainsi, la jurisprudence et la doctrine en France, après avoir admis que la succession ne peut pas être considérée comme une universalité, lorsqu'il s'agit de déterminer les droits héréditaires et la mesure de ces droits d'après la loi du défunt, (laquelle loi, d'après les vrais principes, devrait régler la transmission du patrimoine aux héritiers), admettent ensuite que cette même succession peut être considérée comme une universalité, lorsqu'il s'agit de fixer le droit du cohéritier français d'après la loi française.

1285. — La doctrine que nous venons d'exposer fut appliquée dans l'espèce de la succession Vannoni. Le défunt était un citoyen suisse du Canton du Tessin et il avait pour héritiers son fils et deux petits-enfants nés de sa fille prédécédée, qui avait épousé un Français. D'après la loi cantonale, le fils avait droit aux 3/4 de la succession et les petits-enfants à 1/4, qui devait se diviser entre eux par têtes. D'après le Code français, les deux petits-enfants pouvaient prétendre à la moitié de la succession ab intestat. Les tribunaux français, dont les décisions furent confirmées par la Cour de Cassation, décidèrent que les deux petits-enfants de nationalité française devaient avoir sur les biens existant en France la part qui leur était attribuée par le Code civil français, par application de l'article 3, et qu'en outre, comme on devait leur attribuer la part qui leur appartenait d'après le Droit français sur toute la succession, ils pouvaient prélever sur les biens

[1] Chambéry, 11 juin 1878, *Journ. du Droit international privé*, 1878, p. 611 et *notes*.

existant en France une part égale à celle dont ils étaient privés en Suisse d'après le Droit cantonal, en déterminant cette part conformément à la loi française sur l'ensemble de l'hérédité prise dans son ensemble et considérée comme une universalité juridique[1].

Le principe que la succession mobilière d'un étranger doit être régie par la loi personnelle ne peut pas être invoqué d'après la Cour de Paris, lorsque des cohéritiers français concourent dans la succession, parce que l'ordre de la succession et la mesure des droits successifs, quand il s'agit de déterminer le prélèvement, doivent être régis par la loi française seule applicable pour la fixation des droits des cohéritiers français en concurrence avec des cohéritiers étrangers sur les biens du défunt, de quelque nature qu'ils soient et en quelque lieu qu'ils se trouvent situés[2].

Toujours, en vertu du même principe que la succession, en ce qui concerne aussi bien le droit de disposer que celui de recevoir, doit être régie par la loi française toutes les fois qu'un Français est intéressé dans cette succession, on a décidé que l'action en réduction des dispositions à titre gratuit faites par le défunt doit être réglée par la loi française. Par conséquent, dans la succession d'un Suisse à laquelle concouraient des cohéritiers français, on a appliqué l'article 1098 du Code civil français, pour fixer la quotité dont les conjoints pouvaient disposer par acte à titre gratuit[3].

De toutes ces décisions il résulte clairement que la théorie de l'unité juridique de la succession à l'égard de la loi qui doit la régir, théorie qui se trouve consacrée dans l'article 8 des dispositions générales du Code civil italien conformément aux principes du Droit, est admise et largement appli-

[1] Cass. req., 18 juillet 1859, Vannoni C. Moineau, *Journ. du Palais*, 1860, p. 112.

[2] Paris, 14 juillet 1871, Bergoldt et autres, *Journ. du Palais*, 1871, p. 505 et note et renvois sous cette décision.

[3] Tribunal de Lyon, 19 novembre 1880, *Journ. du Droit internat. privé*, 1882, p. 419.

quée par la jurisprudence française à un point de vue purement utilitaire pour protéger à tout prix les droits des Français par application de la loi de 1819[1].

1286. — En Belgique les règles de Droit international privé relatives à la succession sont presqu'identiques à celles admises en France. Dans le projet de Code civil, on trouve il est vrai consacrée presque sans restrictions la théorie de l'unité juridique de la succession. En effet l'article 6 de ce projet est ainsi conçu : « Les successions sont réglées d'après la loi « nationale du défunt. La substance et les effets des dona- « tions et des testaments sont régis par la loi nationale du « disposant. L'application de la loi nationale du défunt et du « disposant a lieu, quels que soient la nature des biens et le « pays où ils se trouvent. »

Toutefois actuellement on admet, comme en France, que

[1] Les Cours françaises ont, non seulement admis que les meubles, qui par une fiction juridique sont considérés comme se trouvant au domicile du défunt, ne peuvent être considérés comme tels lorsqu'il s'agit d'effectuer le prélèvement aux termes de la loi de 1819 (Cass. 27 août 1850, D., 150, I. 257; Cass. 29 décembre 1856, D. 56, I. 471), ce par application de la loi, qui *parle des biens situés en France*, sans faire aucune distinction; mais ont décidé que, lorsqu'il n'existe pas de biens en France, les créances payables à l'étranger dont les titres se trouvent en France peuvent servir à ce même prélèvement (Cass. req., 21 mars 1855, D. 155, I. 157; Renault, *Succession des étrangers en France*, 1876, p. 17).

Toujours, dans le but de favoriser les intérêts français, il a été jugé que la succession d'un étranger doit être régie d'après la loi française pour l'application de la loi de 1819, même lorsqu'un Français est appelé à hériter par représentation de son père qui était étranger, (Bordeaux 18 janvier 1881, Becker, *Journ. du Dr. internat. privé*, 1881, p. 431). Compar. pour plus de détails sur le Droit de prélèvement : Dutruc. *Partage des successions*; Michaux, *Liquidations et partages*; Dubois, *Conflit des lois françaises et étrangères*; Renault, *cit.*; Vincent, *Revue pratique de Droit international*, V° Successions n°s 36 et suiv.; Weiss, *Droit international privé, Droit de l'étranger*, p. 351 et suiv.; Rougelot de Lioncourt, *Du conflit des lois personnelles françaises et étrangères*; Antoine, *La succession en Droit international privé* ch. VI ; Champcommunal, *Etude sur la succession en Droit international privé*, 4e partie; Despagnet, *Droit international privé*, p. 655 et suiv.; Surville et Arthuys, *Cours de Droit international privé*, n°s 348 et suiv.

la succession immobilière doit être régie par la loi territoriale, et la succession mobilière par la loi personnelle.

La règle s'applique aussi bien à la succession *ab intestat* qu'à la succession testamentaire. Par conséquent, si une personne a disposé par testament d'un immeuble situé en Belgique, au point de vue du fonds, l'acte de disposition est considéré comme fait en Belgique, et la validité, même en ce qui concerne la capacité du testateur, est régie par la loi belge. Quant à la succession mobilière, tout ce qui concerne le fond du testament, ses conditions essentielles, la capacité de tester, la substance de la disposition testamentaire, la quotité disponible, l'interprétation du testament, est soumis à la loi du domicile, et on tient compte du domicile du disposant au moment de sa mort, et non de son domicile d'origine ou de celui qu'il avait au moment de la confection du testament. Tout cela, d'après Haus, est admis par suite de la considération que la volonté du testateur ne peut s'être manifestée d'une façon définitive qu'au jour de sa mort, et que la présomption la plus raisonnable doit être que le testateur a eu l'intention de se référer à la loi du pays où il avait établi le centre de sa fortune et de ses affaires, en y fixant et en y maintenant son domicile jusqu'au jour de son décès [1].

Pour ce qui concerne le droit pour l'étranger de succéder, la loi du 20 mai 1837 qui consacrait le principe de la réciprocité, a été abrogée en vertu de l'article I[er] de la loi du 27 avril 1865, qui a admis les étrangers à la jouissance du droit de succéder, de disposer et de recevoir au même titre que les Belges dans toute l'étendue du Royaume, sous la réserve du droit de prélèvement en cas de partage de la succession entre cohéritiers étrangers et belges [2].

[1] Haus, *Du droit privé qui régit les étrangers en Belgique* n° 131, Gand 1874; Lippens, *Exposé du système de la législation civile sur les droits dont les étrangers jouissent en Belgique*, 1871 ; Asser, *Droit international privé* et *Revue de Droit international*, 1889, p. 113.

[2] Pour l'application de cette loi de 1865 voir Rolin, *Principes du Droit international privé*, T. II § 774-787.

1287. — En Hollande, pour régler la succession étrangère, la jurisprudence se base sur l'article 7 du Code civil du 15 mai 1829, qui est ainsi conçu : « Les immeubles sont régis « par la loi du pays ou du lieu où ils sont situés ». On admet dès lors que la loi territoriale doit régler la succession mobilière. On décide au contraire, qu'en vertu du principe que les meubles suivent la condition de la personne, la succession mobilière est régie par la loi personnelle du défunt.

A l'égard de la capacité de disposer et de recevoir par testament ou ab intestat, la règle de la réciprocité se trouvait consacrée par les articles 884 et 957 du Code civil. Mais ces articles ont été abrogés par la loi du 7 avril 1869, qui est presqu'identique à la loi française de 1819. Donc, en principe, les étrangers sont assimilés aux régnicoles, sauf en cas de concours comme héritiers de Néerlandais et d'étrangers, le droit du prélèvement en faveur des cohéritiers néerlandais.

1288. — En Grande-Bretagne, l'organisation de la propriété foncière a toujours été maintenue sur la base du principe féodal, et toute la législation anglaise relative aux droits sur les immeubles repose sur ce principe. La règle fondamentale d'après la *Common Law* est que la *lex rei sitæ* doit régir exclusivement tout droit quelconque sur les choses immobilières, les modes de translation de ces choses et les solennités des actes relatifs à l'acquisition et au transfert de la propriété immobilière. Ce principe, énoncé par Story[1], par Westlake[2] et par les autres juristes anglais est généralement admis sans discussion et rigoureusement appliqué[3]. La dévolution des immeubles, dit Story, est régie exclusivement par la loi du pays où ils sont actuellement situés. Aucune personne ne peut hériter, si elle n'est reconnue comme héritière légitime par la loi de la situation de la chose et les héritiers

[1] *Conflict of Laws*, § 483.
[2] *Private intern. Law*, 3 re., p. 189.
[3] Dicey, *A digest of the Law of England*, règle 138.

recueillent suivant la proportion et l'ordre prescrits par cette loi. Cette doctrine est hors de discussion d'après la *Common Law*[1].

1289. — La question de la loi régulatrice de la succession ne se pose en Angleterre que pour la succession mobilière. Dans le Droit anglais, basé sur la coutume, on ne se préoccupe pas du principe de nationalité, mais on admet que le statut de toute personne doit être régi par la loi de son domicile[2]. Dès lors, la doctrine généralement admise d'après la *Common Law*, c'est que le partage de la succession mobilière de la personne qui meurt ab intestat est réglée d'après la loi de son domicile au moment de sa mort, sans tenir compte des lois du pays où elle est née, du lieu où elle est décédée, de celui où elle avait son domicile d'origine, ou bien de celui où ses meubles se trouvaient lors de sa mort.

« La doctrine universelle et généralement reconnue d'après « la *Common Law*, dit Dicey, est que la succession de la pro- « priété personnelle[3] est régie exclusivement par la loi du « domicile actuel du *de cujus* au moment de la mort ». Par conséquent la loi du pays d'origine de la personne morte ab intestat n'exerce aucune influence sur le règlement de sa succession mobilière. On ne tient pas plus compte de celle de son domicile antérieur ou de celle de la situation actuelle des meubles à l'époque du décès. La dévolution du patrimoine mobilier, *personal property*, a lieu d'après la loi du domicile actuel du défunt au moment de sa mort, et les biens doivent être distribués aux individus qui sont désignés d'après cette loi, comme héritiers ou successeurs[4].

Dicey explique par des exemples, les règles admises à ce sujet en Angleterre.

[1] Story, loc. cit; Dicey, cit. p. 519.
[2] Dicey et Stocquart, *Le statut personnel anglais*, T. I., p. 283.
[3] Les expressions *personal estate* et *personal property* ont le même sens que le mot meuble.
[4] Dicey, cit., règle 180, p. 682 et 683.

Un citoyen français meurt intestat et domicilié à Londres, sa succession mobilière est régie par la loi anglaise, *Statut of distribution*, sans aucune référence à la loi française.

Un citoyen anglais domicilié en France, meurt intestat à Londres. La succession des meubles qui se trouvent dans sa maison à Londres est réglée en conformité des principes qui régissent en France la succession mobilière d'un citoyen anglais mort domicilié en France. Un citoyen anglais domicilié au Portugal y meurt intestat et ne laisse que A, son enfant illégitime qui, d'après le Droit portugais, peut succéder au *de cujus* intestat. Ce défunt laisse une partie de ses meubles en Angleterre. L'enfant illégitime doit être considéré comme habile à hériter des meubles, y compris ceux existant en Angleterre. Dicey cite l'affaire Doglioni V. Crispin[1].

Le même principe régit en Angleterre la succession mobilière testamentaire. Tout acte de dernière volonté relatif aux meubles est réputé valable, s'il peut être considéré comme tel d'après la loi du domicile du testateur au moment de sa mort. Par conséquent la règle admise est qu'on doit se référer à la loi du lieu du domicile du testateur pour apprécier la validité de son testament, et qu'on doit considérer cet acte comme valable, si les tribunaux du lieu du domicile doivent le réputer tel. Nos Cours, dit Dicey, doivent se comporter, lorsqu'il s'agit de statuer sur la validité d'un testament, exactement comme se comporterait le tribunal du pays ou le *de cujus* était domicilié au moment du décès. Par conséquent

[1] *Law Reports*, T. I, *House of Lord*, 301. Dans cette affaire, qui fut jugée par la Chambre des Lords siégeant comme Cour suprême, la question de principe fût résolue sans équivoque. Le défunt avait laissé des meubles de grande valeur en Angleterre, où d'après le Droit anglais l'enfant naturel n'est pas admis à hériter ab intestat. Néanmoins la Chambre des Lords décida qu'il fallait s'en référer à la loi du domicile de l'Anglais défunt et, tenant compte de ce que celui-ci se trouvait domicilié au Portugal, et de ce qu'aux termes de la loi portugaise, l'enfant naturel peut recueillir la succession de son père, elle déclara cette loi applicable et jugea que l'enfant naturel avait le droit de recueillir la succession et par conséquent, les meubles existant en Angleterre.

en d'autres termes, si le *de cujus* est un étranger domicilié en Angleterre, bien que résidant ailleurs, le testament, s'il est valable d'après les lois anglaises, sera considéré dans ce pays comme tel sans se référer aux lois du pays dont le testateur était citoyen ou de l'État où il résidait. D'autre part, si le défunt résidait en Angleterre ou dans un autre pays, mais était domicilié ailleurs, par exemple en France, les Cours anglaises déclareraient valable le testament relatif aux meubles, s'il était tel d'après la législation de la France, où le testateur avait son domicile au moment de sa mort.

Expliquant la règle par des exemples, Dicey dit : « Un « Français domicilié en France mais résidant en Angleterre « dispose de ses meubles par un testament fait dans la forme « requise d'après le Droit anglais, cet acte devrait être réputé « valide même en Angleterre, parce que les Cours françaises, « se basant sur la règle *locus regit actum*, le réputeraient « valable pour la forme.

« Un testateur domicilié dans la colonie de Victoria lègue « une somme à une corporation anglaise pour l'acquisition « de terres en Angleterre dans un but charitable. Ce legs, « s'il était fait par une personne domiciliée en Angleterre, « ne serait pas valable. Toutefois comme la validité intrin- « sèque de la disposition testamentaire doit être régie par la « *lex domicilii* et que puisque d'après la loi en vigueur à « Victoria la disposition dont s'agit est réputée valable, elle « doit être réputée telle en Angleterre. »

1290. — De là il résulte que, d'après la *common law*, la validité intrinsèque de la disposition testamentaire doit être régie entièrement par la loi du domicile, en ce sens qu'on doit en apprécier la validité d'après cette loi. En d'autres termes, tandis que d'après la règle de Droit international privé consacrée par le législateur italien, l'état et la capacité des personnes sont régis par la loi nationale, et qu'il en est de même de la validité intrinsèque de la disposition testamentaire, dans le système admis en Droit anglais on attribue

à la loi du domicile la même autorité qu'en Italie à la loi nationale, et par conséquent c'est d'après cette loi du domicile que sont régies la capacité du testateur et la validité intrinsèque de la disposition testamentaire.

Appliquant la règle à la capacité testamentaire, Dicey pose en principe que tout doit dépendre de la loi du domicile du testateur et dit que, si, par exemple, le disposant, étant domicilié dans un pays où la majorité est fixée à 25 ans et où le mineur est incapable de tester, avait fait un testament en Angleterre où il résidait sans y être domicilié, ce testament ne serait pas valable.

Un Anglais domicilié en Angleterre et qui vit en Virginie, a fait dans ce dernier pays un testament à 19 ans. Cet acte, bien que valable d'après la loi de l'Etat de Virginie, serait nul en Angleterre, parce que d'après la loi de ce pays, qui est celle du domicile, on ne peut pas tester à cet âge.

De même la question de principe, relative à la succession mobilière, de savoir si la succession doit être considérée comme testamentaire ou légitime, doit être résolue en Angleterre d'après la loi du domicile du défunt. Dicey, pour expliquer cette règle, prend l'exemple suivant. Un Français domicilié en Angleterre laisse un testament par certificat écrit, c'est-à-dire écrit seulement de sa main et signé par lui (un testament olographe) et meurt alors qu'il réside à Paris. Si on voulait poursuivre l'exécution de ce testament, les Cours anglaises, se reportant à loi du domicile du testateur, décideraient que cet acte ne pourrait pas être considéré comme un testament, et que la succession devrait être réputée légitime. Si au contraire le testateur mort en Angleterre était domicilié en France, et s'il s'agissait d'exécuter son testament olographe en Angleterre, les Cours anglaises décideraient que l'acte devrait être réputé un testament en se référant à la loi française[1].

De même, pour interpréter l'acte de dernière volonté, la règle admise d'après le Droit anglais est d'appliquer toujours

[1] Dicey, cit., p. 697.

la loi du domicile du défunt. Ainsi, en cas de changement de domicile de la part du testateur, la révocation ou l'inefficacité du testament qu'il a fait à son ancien domicile devraient être appréciées d'après la loi de l'ancien et non du nouveau domicile. Cette règle trouverait son application dans l'espèce d'un individu qui, domicilié en Hollande, y aurait fait un testament, et qui serait ensuite mort à Rome où il aurait transporté son domicile[1].

1291. — Aux Etats-Unis d'Amérique, les mêmes règles sont admises d'après Dicey et Wharton[2]. La succession mobilière ab intestat y est régie par la loi du domicile du défunt au moment de sa mort. Quant à la succession testamentaire mobilière, la validité et l'interprétation du testament dépendent en principe de la loi du domicile. En ce qui concerne la capacité, on a admis en certains cas la règle que la capacité de tester doit être déterminée d'après la loi du domicile du testateur, mais que la capacité du légataire doit l'être d'après la loi de son propre domicile.

Cette règle a été consacrée dans l'affaire Chamberlain v. Chamberlain, dans laquelle il a été décidé qu'un legs à une corporation charitable de Pensylvanie devait être réputé nul parce que, d'après la loi de cet Etat, le légataire était incapable de recevoir par testament. De même, dans l'affaire Moppes V. American Home Missionary Society, un legs fait par un testateur domicilié dans le Connecticut et valable d'après la loi de cet Etat en faveur d'un corps moral de New-York devait être considéré comme nul, parce qu'aux termes de la loi de New-York, le légataire n'avait pas la capacité d'acquérir par succession.

1292. — Pour ce qui concerne la prise de possession des choses mobilières laissées par le défunt, la règle admise d'après le Droit anglais est, qu'aussi bien dans le cas de suc-

[1] Dicey, règle 184, p. 696.
[2] Wharton, *Conflict of Law.*

cession testamentaire que dans celui de succession ab intestat, personne n'est saisi de plein droit des biens héréditaires, mais que la possession doit émaner du tribunal, qui l'accorde à la ou aux personnes chargées d'administrer les meubles du défunt, c'est-à-dire de liquider, de payer les dettes du *de cujus* et de répartir l'actif entre les légataires ou les héritiers ab intestat.

D'après le Droit anglais, il existe une différence substantielle à cet égard dans la succession testamentaire, suivant qu'il s'agit d'une succession mobilière ou d'une succession immobilière. Dans la succession immobilière, quand le testateur a institué un légataire universel *divisee*, celui-ci est investi directement par le *de cujus* de la possession des immeubles héréditaires en vertu de son droit successif. Toutefois l'héritier d'après le Droit anglais n'a pas le même caractère que d'après le Droit romain et les législations qui s'en sont inspirées. En effet l'héritier ne continue pas la personne du défunt, en ce sens qu'il succède aux obligations et aux dettes de celui-ci. Il n'est tenu des dettes du défunt que jusqu'à concurrence de la valeur des immeubles recueillis, quand la valeur des meubles, qui sont spécialement destinés à l'extinction du passif n'a pas été suffisante pour le paiement intégral de ces dettes. Une forme de représentation à cet égard se réalise dans la succession mobilière et appartient à l'exécuteur testamentaire, qui d'après la loi représente le défunt avec la faculté de se mettre en possession des meubles de celui-ci, de les employer au paiement des dettes et d'en distribuer le reliquat en conformité des dispositions testamentaires.

La présence d'un tel représentant est toujours indispensable d'après le Droit anglais, et lorsque le testateur n'a pas lui-même nommé l'exécuteur testamentaire, il appartient à la Cour, *probate division*, de le nommer, et jusqu'au jour de cette nomination le président de cette Cour est investi de la représentation personnelle du défunt[1].

L'institution de l'exécuteur testamentaire a, d'après le Droit

[1] *Stat.* 36 et 37 Victoria, C. 66, § 31, n° 5.

anglais, un caractère tout spécial. Il est un véritable administrateur, qui exerce des pouvoirs étendus d'après la loi et, bien qu'il soit le représentant du défunt, il n'est personnellement tenu des dettes de ce dernier que jusqu'à concurrence des valeurs encaissées.

Même lorsque le défunt a exercé son droit de disposer, par testament de ses meubles et a institué un légataire universel de tout son actif mobilier, ce légataire ne peut pas être mis directement en possession de ces choses, mais doit toujours obtenir la possession de l'exécuteur testamentaire. Ce dernier seul a le droit de se mettre en possession de tous les biens meubles et de les employer en premier lieu au paiement des dettes et à l'accomplissement des dispositions faites par le testateur, pour ensuite remettre l'excédent au légataire universel, de façon que celui-ci n'est, en réalité, que le légataire *de residuo*. De toute façon, la possession est conférée par le tribunal, qui l'accorde à l'exécuteur testamentaire nommé par le testateur ou désigné par ce même tribunal, quand le testament est muet à cet égard.

1293. — Pour nous résumer, en Angleterre le statut personnel est déterminé, non par la nationalité, mais par le domicile, et la loi du domicile étranger régit la succession mobilière, quand le *de cujus* est domicilié à l'étranger lors de son décès. Toutefois, en ce qui concerne la prise de possession des biens de la succession, elle est toujours régie par la loi anglaise et concédée par les juges anglais. La possession des biens meubles est obtenue au moyen de l'homologation du tribunal anglais, *probate* : c'est-à-dire au moyen de l'acte qui accorde le droit de se mettre en possession des choses qui composent la succession mobilière étrangère. La prise de possession dérive dès lors du *probate* et est régie par la loi anglaise, de sorte qu'à cet égard on reconnaît toujours l'autorité de la *lex rei sitæ* à l'égard des choses qui composent la succession mobilière étrangère qui se trouve sur le territoire anglais.

La prise de possession qui résulte de l'acte de *probate* a toujours pour base la validité et l'efficacité du testament, conformément à la loi du domicile du défunt. Par conséquent, s'il s'élève entre les intéressés une contestation en ce qui concerne la validité et l'efficacité du testament au point de vue de la forme, ou de la capacité du testateur, ou de toute autre cause, le tribunal anglais n'accorde le *probate* qu'à la suite de la sentence prononcée par le tribunal du dernier domicile du testateur. Quand il n'existe aucune contestation et que dès lors il n'a été rendu aucune décision par ce tribunal, la Cour anglaise n'accorde le *probate* qu'après avoir examiné la validité du testament d'après la loi du domicile du *de cujus*.

Il est à noter, en ce qui concerne les conséquences par rapport aux tiers et aux créanciers de la succession de l'exécution d'un testament résultant de l'acte de *probate*, qu'on admet l'application de la loi territoriale, en tenant compte toutefois de la situation des biens. La loi anglaise est dès lors applicable aux biens qui se trouvent sous la juridiction de l'autorité britannique et dont l'administration et la liquidation, ainsi que les conséquences de ces mesures, sont régies par la loi anglaise. Quant aux biens existant à l'étranger, on admet qu'il faut appliquer la loi du pays où ils sont situés même au point de vue des conséquences qui pourraient, d'après le Droit anglais, dériver de l'exécution du mandat conféré par le tribunal anglais. Cette règle s'applique pour apprécier la responsabilité de l'administrateur envers les créanciers ou envers les légataires du défunt, en raison des valeurs recouvrées ou non recouvrées et du compte de gestion rendu par cet administrateur. Quant aux créances exigibles à l'étranger, en d'autres termes l'administration et tout ce qui peut être connexe à la responsabilité de l'administrateur, on considère comme applicable la loi du pays où les créances sont exigibles.

Donc, aux termes du Droit anglais, on admet l'autorité de la loi du domicile du défunt en ce qui concerne la succession

mobilière, pour déterminer comment les biens meubles doivent être partagés lorsqu'il s'agit d'une succession ab intestat, et pour apprécier la validité ou la nullité de la disposition testamentaire et pour l'interpréter, lorsqu'il s'agit d'une succession testamentaire. Mais, pour ce qui concerne les effets dérivant du testament et toutes les conséquences de cet acte à l'égard des tiers, la règle admise est que tout cela doit dépendre, non de la loi du domicile du défunt, mais de celle du pays où ont lieu les actes d'exécution ou d'administration des biens meubles de la succession. « The established « rule now is, dit Story, that in regard to creditor the administration of assets of deceased persons is to be governed « altogether bi the law of the country where the executor or « administrator acts, and from which he derives his authority « to collect them ; and not by that of the domicil of the « deceased. The rule has been laid down with great clear- « ness and force on many occasions »[1].

Même lorsque la succession doit être régie par la loi anglaise pour le motif que le défunt était domicilié en Angleterre, et que, d'après cette loi, il a été nommé un administrateur, on décide cependant qu'on doit faire une différence entre l'attribution, la distribution, la prise de possession et l'administration des biens du défunt, et on admet l'application de la loi du domicile pour l'attribution de l'actif net mobilier, et celle du pays où les biens sont situés ou bien où les créances sont exigibles, en ce qui concerne les effets de l'administration et la prise de possession des meubles[2].

[1] Story, *Conflict of Laws*, § 524 i. f.. La règle établie est celle-ci, qu'à l'égard des meubles laissés par une personne défunte, elle doit être régie entièrement par la loi du pays où l'exécuteur ou bien l'administrateur agit, et dont provient l'autorité qui lui a été conférée de se mettre en possession des meubles, et non de celle du domicile du *de cujus*. Cette règle a été formulée avec beaucoup de netteté et de force dans de nombreux cas. Compar. Cook V. *Gregson*, 1854, 2, *Drew*, 286.

[2] Voir, pour ce qui concerne la succession d'après le Droit anglais l'ouvrage de Dicey plusieurs fois cité par Westlake, *Conflict of Law* et l'article par lui publié dans le *Journal de Droit international privé*

1294. — En Amérique, on admet en principe les mêmes règles. Dans le traité entre l'Uruguay, la République Argentine, la Bolivie, le Paraguay et le Pérou sur les règles du droit civil international, on a convenu que le statut personnel est déterminé par le domicile. La matière des successions a toutefois été réglée de la façon suivante : « Article 44. — La loi « du lieu de la situation des biens héréditaires à l'époque de la « mort de la personne de la succession de laquelle il s'agit, « règle la forme du testament : ce nonobstant le testament « fait par acte public dans un des Etats contractants sera « admis dans les autres.

« Art. 45. — La même loi de la situation règle la capacité « de la personne pour tester, celle de l'héritier ou légataire « pour succéder, la validité et les effets du testament, les « titres et les droits héréditaires des parents et du conjoint « survivant, l'existence et la proportion de la légitime, « l'existence et le montant des réserves, en somme, tout ce « qui a trait à la succession légitime ou testamentaire. »

Ainsi dans ce traité, au lieu du système de la personnalité en matière de succession, nous voyons établi celui de la réalité la plus entière. Dans les articles suivants se trouve consacré le principe de la réalité des lois, qui protègent les droits des tiers qui ont des créances sur les biens du défunt.

L'article 46 en effet est ainsi conçu : « Les dettes qui doivent « être payées dans un des Etats contractants frapperont de « préférence les biens qui y existent au moment du décès du « débiteur. »

1295. — Néanmoins, d'après le Code de la République Argentine, qui est une des parties à ce traité, nous trouvons consacrée la théorie de l'universalité et de l'unité de la succession. Pour déterminer la loi qui doit régir les droits suc-

année 1881, p. 318, *La doctrine anglaise en matière de Droit international privé ;* Stocquart, *La succession légitime en Droit anglais*, *Id.*, 1896, p. 945 ; Lehr, *Eléments de Droit civil anglais ;* Wharton, *Conflict of Laws*, *Succession the movables.*

cessifs, on n'y tient compte ni de la nationalité du *de cujus* ni de la situation des biens qui lui appartiennent, mais on admet que tout le patrimoine, considéré comme un *universum jus*, doit être régi quant à la succession par la loi du domicile du défunt. En effet l'article 3283 de ce code dispose de la façon suivante : « Le droit de succession au patrimoine du défunt « est régi par le droit local du domicile, que le défunt avait « au moment de sa mort, soit que ses héritiers soient natio- « naux, soit qu'ils soient étrangers. »

D'après cet article, le patrimoine du *de cujus* étant considéré dans son universalité comme soumis à la loi de son domicile à l'époque de son décès, cette règle s'applique même à la succession d'un citoyen argentin domicilié à l'étranger, et ses biens, en y comprenant les immeubles situés sur le territoire de la République, sont dévolus d'après la loi du domicile du défunt. Il n'est dérogé à cette règle absolue que dans le cas prévu par l'article 3470 du même code, qui reproduit d'une certaine façon le principe consacré par la loi française du 14 juillet 1819. Cet article dispose en effet que, dans le cas de partage de la succession entre des héritiers étrangers et des Argentins et entre des étrangers domiciliés dans la République et des étrangers non domiciliés, les Argentins et les étrangers domiciliés recevront sur les biens situés sur le territoire argentin une partie égale à la valeur des biens situés à l'étranger, dont ils seraient privés en vertu des lois ou des usages en vigueur dans le pays où s'est ouverte la succession du *de cujus*.

Le Code Argentin admet que les immeubles sont soumis à la loi locale et en outre, conformément aux véritables principes, édicte que les immeubles qui ont une situation permanente doivent être régis par la loi du lieu de leur situation. Cependant il ne dispose pas que les droits successifs doivent être fixés d'après la loi locale ; au contraire il reconnaît que la transmission des biens du défunt doit être régie par la loi de son domicile, et admet par conséquent que si le *de cujus* se trouvait domicilié à l'étranger, cette transmission devrait

être régie par la loi étrangère, même pour la partie du patrimoine située sur le territoire Argentin. En effet, d'après les règles consacrées par les articles 10 et 11 du Code civil Argentin, la loi territoriale s'applique aux immeubles quand il s'agit d'en déterminer la nature et la qualité, les modes légaux de transmission et d'acquisition et la forme des actes qui les concernent. Dès lors, dans la succession régie par la loi étrangère, la prise de possession des biens de la succession et les conséquences juridiques de cette possession sont régies par la loi argentine, mais les droits successifs eux-mêmes et le régime de la succession sont toujours soumis à l'empire de la loi du domicile légal.

Il faut dire que quand il s'agit de déterminer le domicile légal à ce point de vue, il ne faut pas s'arrêter au domicile d'origine qui pourrait être établi d'après la nationalité, mais qu'on doit s'occuper du domicile résultant de la résidence habituelle de la personne et de la famille et du centre principal des affaires et des intérêts[1].

1296. — En Allemagne, la loi régulatrice de la succession était diversement fixée par les différents Codes en vigueur dans chacun des Etats qui constituent l'Empire. En Bavière, l'article 12 de la partie I du Code était ainsi conçu : « Ne sont « jamais applicables aux affaires litigieuses relatives aux « successions ab intestat les lois du lieu de la mort du *de* « *cujus*, mais celles du lieu où se trouve l'hérédité. » Cette disposition avait été interprétée par certains auteurs en ce sens que la succession aussi bien immobilière que mobilière était régie par la *lex rei sitæ*. Dans d'autres codes on trouvait indiquée comme loi régulatrice de la succession la loi personnelle du défunt, loi qui d'après le Droit commun en vigueur en Allemagne était déterminée par le domicile du *de cujus*. Certains juristes, se basant sur la dis-

[1] Compar. l'article de Daireux, Avocat à Buenos-Aires, dans le *Journal du droit international privé*, 1886, q. 925; Alcorta, *Derecho internacional privado*, T. II, p. 407.

position du § 32 de l'Introduction du Code Prussien ainsi conçue : « A l'égard des biens immobiliers sont applicables « les lois de la juridiction sous laquelle ils se trouvent sans « égard à la personne du propriétaire », avaient conclu que la *lex rei sitæ* était d'après le Droit prussien la loi régulatrice de la succession immobilière[1]. Toutefois cette opinion a été combattue avec une grande autoritée par des jurisconsultes autorisés et notamment par Koch[2] et Savigny[3].

La même règle consistant à faire régir la succession par la loi personnelle était consacrée dans les Codes badois et saxon. Elle était admise comme la juste conséquence de la théorie du Droit romain de la succession qui, considérée dans son ensemble comme une entité idéale et sans distinguer suivant qu'elle consistait en meubles ou en immeubles, était réputée comme en rapport intégral et immédiat avec la personne du défunt et par conséquent devait être considérée, en tant que rapport dépendant de la personne, comme soumise à la loi qui devait régir la personne elle-même.

1297. — Etant donnée cette doctrine généralement admise en Allemagne, lorsqu'il s'agit de rédiger un Code civil unique pour tout l'Empire, la question se posa de savoir si la loi régulatrice de la succession devrait être celle du domicile ou celle de la nationalité du défunt. Les juristes réunis à Wiesbaden en septembre 1886 émirent l'avis qu'on admit comme telle la loi de la nationalité. Cette opinion fut soutenue dans de nombreux écrits, où l'on mit en évidence les difficultés qui pourraient résulter de l'adoption comme loi régulatrice de la succession de la loi du domicile, dont l'autorité se trouvait admise par certains Codes alors en vigueur[4]. Cette opi-

[1] Bornemann, *Preussisches Recht*, 2e édit., T. I. p. 54, 62 ; Rintelen *Dissertation* dans le journal *Kamptz's Jahrbuchern*, T. 30, p. 89 et suiv...

[2] *Preussisches Recht*, T. I, § 40, n° 11.

[3] *Système de Droit Romain*, T. VIII, § 378.

[4] Monnensen. *Archiv für die civ. Praxis*, LXI, p. 152 et suiv.; Bar, *Journal de Dr. internat. privé*, 1888, p. 441.

nion finit par prévaloir et fut consacrée dans les dispositions générales du Code civil de l'Empire d'Allemagne, contenues dans la loi introductive du 7 août 1896, mise en vigueur avec le Code lui-même le 1er janvier 1900.

Les articles 24 et 25 de cette loi introductive sont ainsi conçus :

« Art. 24. — La succession d'un Allemand, même s'il avait « son domicile à l'étranger, est régie par les lois alle- « mandes.

« Si un Allemand avait à l'époque de sa mort son domicile « à l'étranger, les héritiers peuvent quant aux responsabi- « lités pour les obligations de la succession invoquer les lois « en vigueur au domicile du *de cujus*.

« Si un étranger, qui a fait ou révoqué une disposition « *mortis causa*, acquiert la qualité de citoyen allemand, la « validité de la disposition ou de la révocation est jugée « d'après les lois de l'Etat auquel il appartenait à l'époque « où la disposition fut faite ou fut révoquée; il conserve « cependant la capacité de faire une disposition à cause de « mort, même s'il n'a pas encore atteint l'âge requis d'après « les lois allemandes.

« La disposition de l'article 11 al. 1, paragraphe 2 (qui con- « cerne l'observation de la loi du lieu pour la forme des « actes) demeure invariable.

« Art. 25. — La succession d'un étranger, qui à l'époque « de sa mort avait son domicile dans l'Empire est réglée par « les lois de l'Etat auquel il appartenait à l'époque de sa « mort. Un Allemand peut toutefois faire valoir ses droits de « succession, même quand ils trouvent leur fondement seu- « lement dans les lois allemandes, à moins que d'après le « Droit de l'Etat auquel le défunt appartenait la succession « d'un Allemand qui avait son domicile dans cet Etat ne soit « réglée uniquement d'après les lois allemandes. »

Il résulte de ces dispositions que le législateur allemand a consacré la théorie déjà dominante en Allemagne, que le patrimoine pris dans son ensemble doit être considéré comme

une universalité juridique, et que la succession qui consiste dans la transmission du patrimoine aux personnes appelées à hériter, soit par la volonté expresse du défunt (au moyen du testament), soit par la volonté tacite (succession ab intestat), doit être régie par une loi unique, en indiquant comme telle non la loi du domicile, mais celle de l'Etat auquel appartenait le *de cujus*. La question du principe est résolue comme elle l'avait été antérieurement dans la législation italienne, ainsi que nous l'indiquons plus loin, en décidant que la loi régulatrice des droits de succession doit être déterminée d'après le statut des personnes, qui doit être constitué par les lois de l'Etat auxquelles elles appartiennent. Néanmoins ces principes sont soumis à la réserve qu'un Allemand peut invoquer l'application de la loi du domicile à l'égard de l'étranger domicilié dans l'Empire, dans le cas où l'Etat auquel il appartenait ne reconnait pas l'autorité de la loi allemande à l'égard des Allemands en matière de succession, mais celle de la loi du domicile.

Cette dernière disposition a pour objet de protéger les intérêts des citoyens et de consacrer le principe de la réciprocité. Par conséquent un Allemand pourrait invoquer ses droits héréditaires basés sur le Code civil allemand en ce qui concerne la succession d'un étranger domicilié dans l'Empire, lorsqu'aux termes de la loi nationale de cet étranger la succession des citoyens allemands domiciliés dans l'Etat auquel il appartenait serait régie par la loi territoriale. Cette disposition restrictive dans l'intérêt des citoyens allemands différencie d'une façon sérieuse le Code allemand du Code italien, où la loi nationale du *de cujus* est admise d'une facon absolue et sans aucune restriction.

Le principe du respect dû à la loi territoriale étrangère en matière de succession est consacré dans l'article 26 du Code civil allemand, qui dispose que les droits acquis selon les lois du pays où la succession est ouverte doivent être respectés. Il est ainsi conçu :

« Art. 26. — Si d'une succession ouverte à l'étranger par-

« viennent dans l'Empire, au moyen des autorités allemandes,
« des biens destinés aux héritiers ou aux légataires, qui y ont
« droit d'après les lois du pays étranger, un tiers ne peut pas
« faire opposition à la remise en se fondant sur le motif qu'il
« a sur les biens un droit comme héritier ou légataire ».

Cet article vise le cas où les agents diplomatiques ou consulaires ont recouvré des valeurs mobilières destinées aux héritiers ou aux légataires, auxquelles elles sont transmises en Allemagne. Etant donné que le droit qui appartient d'après la loi territoriale aux personnes à qui ces choses ont été attribuées pût être contesté par les tiers qui invoqueraient la loi allemande, ces tiers ne pourraient pas être admis à s'opposer à ce que les choses en question fussent remises à leurs destinataires, et ils ne pourraient pas non plus être admis à faire valoir leurs droits héréditaires sur ces valeurs. Le législateur allemand a ainsi reconnu en principe, que les choses mobilières qui se trouvent dans le patrimoine peuvent être soumises par le législateur étranger à la *lex rei sitæ,* et que lorsqu'elles ont, en vertu de cette loi, été attribuées aux héritiers d'une personne défunte, les droits héréditaires ainsi acquis sur ces choses doivent être respectés et ne peuvent pas être attaqués en invoquant la loi qui, d'après le Code civil allemand, devrait régir les droits de succession.

L'article 27 résout en principe la question du renvoi en matière de succession. Nous nous en occuperons dans le chapitre suivant. Il est ainsi conçu :

« Art. 27. — Si, conformément au Droit d'un Etat étranger,
« dont les lois ont été déclarées applicables, dans les
« articles 7. al. 1 ; 13 al. 1 ; 15 al. 2; 17 al. 1 ; et 25, on doit
« appliquer les lois allemandes, cette application doit avoir
« lieu ».

Il résulte expressément de cet article que, lorsque la loi de l'Etat étranger auquel appartenait le défunt indique comme loi régulatrice de la succession la loi du domicile de la personne au moment de son décès et lorsque le *de cujus* était domicilié dans l'Empire au moment de l'ouverture de sa

succession, les lois allemandes doivent être appliquées pour régler cette succession, parce qu'elles se trouvent indiquées pour la régir en vertu de la loi du pays auquel appartenait le défunt.

L'article 30 formule la prescription générale, que les lois étrangères ne sont pas applicables, quand elles portent atteinte aux bonnes mœurs ou à l'exécution des lois de l'Etat. Il est ainsi conçu : « L'application d'une loi étrangère est « exclue quand cette application serait contraire aux bonnes « mœurs ou au but d'une loi allemande ».

1298. — En Espagne, la doctrine de la personnalité du droit en matière de succession est admise par la jurisprudence[1]. La Cour suprême de Madrid avait jugé que l'universalité des biens héréditaires, sans distinguer les divers éléments qui constituent l'hérédité, mais prise dans son ensemble, devait être considérée comme soumise au statut personnel et que par conséquent, on devait appliquer la loi personnelle, même pour déterminer les droits héréditaires sur les immeubles qui font partie du patrimoine[2].

Cette théorie, soutenue également par les juristes, a été consacrée par le législateur espagnol en ce qui concerne les biens meubles dans l'article 10 du Code civil de 1889, dont la teneur suit :

« Art. 10. — Les biens meubles sont régis par la loi de la « nation de leur propriétaire, les biens immeubles par la loi « du pays où ils sont situés.

[1] Champcommunal, *Etudes sur la succession ab intestat en Droit international privé*, p. 481.

[2] Tribunal suprême de Madrid, 6 juin 1873, *Journ. de Dr. internati. privé*, 1874, p. 40.

L'annotateur du Code espagnol observe que l'article 10 formule avec peu de modifications, le principe consacré dans les sentences des 6 novembre 1867, 6 juin, 23 octobre 1873 et 21 janvier 1874. *Codigo civile español anotado por la Redacion de la Revista general de Legislacion y iurisprudencia*, Madrid, 1889.

« Cependant les successions légitimes et testamentaires, « aussi bien en ce qui concerne l'ordre de succéder, que pour « ce qui est de la validité intrinsèque des dispositions, seront « régies par la loi nationale de la personne de la succession « de laquelle il s'agit, quelle que soit la nature des biens et « quel que soit le pays où ils sont situés ».

Le législateur espagnol a ainsi écarté toute difficulté relative à la nature du droit héréditaire, en admettant en principe la transmission du patrimoine comme se trouvant en rapport direct et immédiat avec la personne à laquelle il appartient, et en consacrant par suite la doctrine de la personnalité du droit en matière de succession.

En effet l'unique réserve par lui faite est celle qu'on doit naturellement admettre d'après les vrais principes reconnus en doctrine et qui est consacrée par le dernier paragraphe de l'article 11, qui est ainsi conçu : « Nonobstant les disposi- « tions de cet article (*qui concerne la loi régulatrice de la forme* « *et de la solennité des actes*) et de l'article précédent (*qui* « *détermine la loi régulatrice de la succession*), les lois prohibi- « tives qui concernent personnes, leurs actes et leurs biens « et celles qui ont pour objet l'ordre public et les bonnes « mœurs, ne perdront pas leur effet en vertu de lois ou de « sentences prononcées, ni en vertu de dispositions ou con- « ventions conclues en pays étranger ».

Nous croyons seulement utile de faire remarquer que, relativement à la force obligatoire du nouveau Code sur le territoire espagnol il est fait certaines réserves à l'égard des provinces et des territoires où le Droit coutumier est encore en vigueur, lequel régit la transmission des biens *mortis causa*. Par conséquent, nous trouvons dans l'article 10 une disposition spéciale concernant les habitants de la Biscaye, lesquels peuvent invoquer l'application de la loi 15, titre 20 du Droit municipal de la Biscaye à l'égard des biens possédés dans la Campagne.

Par conséquent, lorsqu'il s'agit de régler la succession d'un Espagnol, il faut examiner s'il appartient à une des provinces

ou à un des territoires où est resté en vigueur le Droit coutumier ou le Droit local.[1]

1299. — Le principe de la personnalité du droit successif et de la reconnaissance de la loi nationale du défunt pour régler la succession est également consacré dans la législation de l'Etat indépendant du Congo. Dans le décret du 20 février 1891 relatif aux étrangers et à l'application des lois, se trouve admis non seulement le principe que l'état et la capacité de l'étranger, de même que ses rapports de famille, doivent être régis par la loi du pays auquel il appartient, mais encore la règle que cette même loi doit s'appliquer aux actes de dernière volonté, à l'égard aussi bien de la substance que des effets de ces actes. En effet l'article 4 de ce décret dispose de la façon suivante: « Les actes de dernière volonté sont « régis, quant à leur forme, par la loi du lieu où ils sont faits, « et quant à leur substance et à leurs effets, par la loi natio- « nale du défunt. Toutefois, l'étranger faisant un acte de « dernière volonté dans l'Etat indépendant du Congo a la fa- « culté de suivre les formes prévues par sa loi nationale ».

Donc la législation du Congo admet sans réserve l'autorité de la loi personnelle en matière de succession. La règle consacrée n'étant soumise à aucune condition de réciprocité, ni à aucune réserve en faveur des citoyens qui concourent avec des cohéritiers étrangers, la législation de l'Etat indépendant du Congo se trouve consacrer les principes conformes aux plus justes aspirations de la science moderne.

1300. — La loi fédérale suisse du 25 juin 1891[2] formule, aux titres II et III, articles 28-34, certaines règles générales relatives à l'autorité de la loi suisse à l'égard des citoyens

[1] Voir Manresa, *Commentarios al Codigo civil español*, T. I, p. 95 et suiv.; — Falcon, *Codigo español*, p. 33 et suiv.; — Torrès Campos, *Elementos de Derecho internacional privado*, p. 104-106.

[2] Loi fédérale sur les rapports de Droit civil des citoyens établis ou en séjour.

domiciliés à l'étranger et aux étrangers domiciliés en Suisse.

En ce qui concerne les Suisses domiciliés à l'étranger, cette loi édicte les règles suivantes en matière de succession:

« Si d'après la législation étrangère les Suisses domiciliés « à l'étranger sont soumis au Droit étranger, ce nonobstant, « pour ce qui concerne le droit de succession, on doit appli- « quer la loi du Canton d'origine à l'égard des immeubles « situés en Suisse, et la juridiction en cette matière appar- « tiendra au Canton d'origine.

« Si d'après la législation étrangère, les Suisses domiciliés « à l'étranger ne sont pas réputés soumis au Droit étranger, « c'est la loi du Canton d'origine qui doit être appliquée et « c'est également ledit Canton qui exercera la juridiction ».

Par ces dispositions, le législateur suisse a admis en principe, que la succession des citoyens de la Confédération doit être régie par le statut personnel, et a désigné comme loi personnelle des citoyens des divers Cantons qui constituent la Confédération, la loi du Canton d'origine.

En effet le 1er paragraphe de l'article 28 prévoit le cas où la loi étrangère indique la loi du domicile comme loi régulatrice de la succession. Dans cette hypothèse, même en admettant que, pour règler les droits successifs d'un Suisse domicilié à l'étranger, on puisse appliquer, aux termes de la règle formulée par le législateur de son domicile, la loi du pays où ce Suisse se trouvait domicilié et où sa succession s'est ouverte, on n'attribue aucune autorité à cette loi à l'égard des immeubles situés en Suisse; mais on admet que les droits de succession en ce qui concerne ces biens doivent être déterminés d'après la loi du Canton d'origine du défunt.

Le second paragraphe de ce même article 28 vise l'hypothèse dans laquelle la législation du pays étranger où le Suisse est domicilié admet l'autorité de la loi nationale pour règler sa succession, et indique alors la loi du Canton d'origine comme applicable.

Tout bien considéré, on peut soutenir que le législateur de la Confédération a voulu établir en principe que la succession

doit être régie par la loi personnelle. En effet, ne pouvant méconnaître l'autorité de la loi des autres Etats à l'égard des étrangers domiciliés sur le territoire, il a posé le principe, qu'en Suisse on doit appliquer la loi personnelle pour déterminer les droits de succession du *de cujus* suisse domicilié à l'étranger, a indiqué comme loi personnelle la loi du Canton d'origine de ce défunt, et a disposé que c'est d'après cette loi que doit être réglé le droit de succession, tout au moins en ce qui concerne les immeubles situés en Suisse. Ce serait là l'interprétation la plus favorable.

Cependant, étant donné qu'aux termes de l'article 32 le législateur suisse soumet à l'autorité des lois suisses les étrangers domiciliés sur le territoire de la Confédération, on peut considérer les lois suisses comme applicables aux droits de succession ayant pour objet des immeubles situés en Suisse. On pourrait donc soutenir que le législateur fédéral a voulu consacrer le principe de l'autorité territoriale de toute loi concernant des droits sur des immeubles en y comprenant des droits de succession. En effet, en admettant que les immeubles sont régis par la loi du lieu où ils sont situés et en déclarant les lois suisses applicables à la succession de l'étranger domicilié, il semble que ce législateur ait ainsi décidé que la loi territoriale doit régir la succession immobilière aussi bien du Suisse qui meurt à l'étranger où il était domicilié, que celle de l'étranger qui décède en Suisse alors qu'il y avait son domicile.

On ne saurait prétendre que le texte de la loi soit suffisamment clair pour rendre impossible toute difficulté d'interprétation. Il est certain que l'autorité attribuée à la loi du lieu de la situation des biens en matière de succession se trouve indirectement établie et, qu'en l'absence d'une règle expresse formulée dans la loi fédérale, sauf pour déclarer la loi cantonale applicable aux droits de succession sur les immeubles situés en Suisse, on doit pour tout le reste se reporter aux législations des divers Cantons et aux traités conclus par le gouvernement fédéral avec les autres Etats, pour déterminer

comment la succession d'un étranger ouverte en Suisse doit être réglée[1].

1301. — En Russie les lois de l'Empire sont d'une façon générale considérées comme obligatoires pour tous les individus qui habitent sur le territoire russe, sans distinguer suivant qu'ils sont étrangers ou nationaux[2]. L'autorité de la loi personnelle n'est admise qu'en ce qui concerne certains rapports juridiques, tels que ceux qui dérivent du mariage. A l'égard des immeubles, la territorialité de la loi est absolue. Il est dès lors naturel qu'en matière de succession, et surtout en matière de succession immobilière, on ne puisse reconnaître l'application d'aucune autre loi que celle de l'Empire. L'ordre de transmission des biens est donc régi par les lois civiles russes, aussi bien en ce qui concerne les Russes, qu'en ce qui concerne les étrangers.

Par conséquent même les Etats, qui ont admis le principe de la personnalité du droit de succession sans distinguer la nature des biens, ont dû, dans les traités conclus avec la Russie, convenir que la succession immobilière doit être régie par la loi du pays de la situation des immeubles et que seule la succession mobilière peut être réglée d'après la loi personnelle du défunt.

Nous trouvons cette règle consacrée même dans le traité conclu entre l'Italie et la Russie le 16-28 avril 1875[3], dont l'article 10 est ainsi conçu :

« La succession aux biens immobiliers sera régie par les « lois du pays dans lequel les immeubles seront situés, et la « connaissance de toute demande ou contestation concernant « les successions immobilières appartiendra exclusivement « aux tribunaux de ce pays.

[1] Compar. Roguin, *Conflit des lois suisses*, ch. 6, p. 33 et suiv. ; Lainé, *Etude concernant la loi fédérale suisse du 25 juin 1891*, *Bulletin de législation comparée*, 1893-1894, p. 209.

[2] Art. 63 des Lois organiques.

[3] *Collezione dei trattati*, T. V. p. 280; *Raccolta delle leggi*, n° 2707, 2e série.

« Les réclamations relatives au partage des successions « mobilières, ainsi qu'aux droits de succession sur les effets « mobiliers, laissés dans l'un des deux pays par des sujets de « l'autre pays, seront jugées par les tribunaux ou autorités « compétentes de l'Etat auquel appartenait le défunt et con- « formément aux lois de cet Etat, à moins qu'un sujet du « pays où la succession est ouverte n'ait des droits à faire « valoir à la dite succession ».

Nous trouvons la même règle consacrée dans le traité conclu par la Russie avec l'Espagne en 1876, dont l'article 10 dispose que les droits de succession sur les biens immobiliers doivent être régis d'après la loi du pays où ils sont situés. Par conséquent la règle du Code civil espagnol, admettant l'application de la loi nationale du défunt à l'égard des biens soit mobiliers soit immobiliers, ne pourra pas être appliquée dans les rapports entre les citoyens des deux pays tant que demeurera en vigueur la règle établie en vertu du traité de 1876.

1302. — En Turquie les étrangers étaient incapables d'acquérir la propriété immobilière avant la publication de la loi du 7 sepher 1284, 16 juin 1869 de notre ère. Par conséquent il ne pouvait s'élever aucune difficulté au sujet de la loi qui devait régir la dévolution par succession des immeubles qu'ils possédaient en Turquie. Après la publication de la loi de 1869, les étrangers furent admis à jouir du droit de propriété des immeubles tant urbains que ruraux sur tout le territoire de l'Empire ottoman, à l'exception de la province du Hedjaz, au même titre que les sujets turcs et sans autre condition que celle de se soumettre aux lois et aux règlements applicables aux sujets du Sultan (art 1.)

La faculté de disposer par donation ou par testament des immeubles acquis par les étrangers se trouve ainsi réglée par l'article 4 de cette loi :

« Le sujet étranger a la faculté de disposer par donation ou « par testament de ses biens immeubles dont la disposition « sous cette forme est permise par la loi.

« Quant aux immeubles dont il n'aura pas disposé ou dont « la loi ne lui permet pas de disposer par donation ou par « testament, la succession en sera réglée conformément à la « loi ottomane[1]. »

Le régime de la propriété en Turquie est très compliqué. A part les terres *vacoufs*, qui ne sont pas susceptibles d'entrer dans le patrimoine des particuliers et dont la nue propriété appartient à des fondations religieuses, les terrains susceptibles de former l'objet du Droit de propriété sont classés en cinq catégories, les terrains *mulk*, les *mirriié*, les *mefcoufé*, les *metrouké*, les *mévat*[2]. Parmi ces immeubles, ceux qui appartiennent véritablement en toute propriété aux particuliers sont les *mulk*, et par conséquent on peut à leur égard avoir la faculté d'en disposer et de les acquérir par succession. En ce qui concerne les autres terrains, les particuliers ne peuvent en avoir que la possession et la jouissance. La nue propriété de certains d'entre eux appartient à l'Etat, ils ne peuvent par conséquent pas former l'objet du Droit de succession. Les rapports entre les possesseurs et l'Etat, à qui les terres appartiennent, sont à peu près ceux qui résultent de l'emphytéose d'après les principes du Droit romain. Les terrains des autres catégories ne sont pas susceptibles de transmission et constituent des biens de mainmorte.

A l'égard des immeubles susceptibles de dévolution par succession, le droit de disposer reconnu aux étrangers devant rester soumis au Droit commun, la loi ottomane doit être exclusivement appliquée, non seulement pour déterminer les biens dont l'étranger peut disposer, mais pour régler la

[1] Voir le texte de la loi dans l'ouvrage d'*Aristarchi Bey, Législation ottomane*, Constantinople 1873, p. 21 ; — *Demetrius Nicolaïdes, Législation ottomane*, 6e partie concernant le Code civil ottoman, Constantinople 1881.

[2] Voir Code de la propriété foncière, 7 Ramazan 1274, 21 avril 1858, Aristarchi, p. 57 et l'article de Rougon, *Du régime de la propriété immobilière et du Droit pour les étrangers d'acquérir en Turquie, Journ. de Droit internati. privé*, 1886, p. 57 et 527.

dévolution par donation ou par testament de ceux dont il a disposé.

On a longuement discuté la question de savoir si l'étranger, autorisé en vertu de la loi du 7 sépher à transmettre ses immeubles par testament, peut les transmettre ab intestat[1]. La discussion a surtout été particulièrement délicate sur le point de savoir, si le droit de transmettre et de recueillir par succession doit être considéré comme établi en faveur de l'étranger qui succède à un Ottoman ou qui succède à un autre étranger[2].

En ce qui concerne la succession mobilière, on admet que les étrangers peuvent invoquer leur loi nationale, en se soumettant à la juridiction de leurs consuls nationaux. Toutefois, quand un intérêt ottoman est en cause, il peut arriver que la juridiction turque puisse être investie du pouvoir de juger l'affaire.

L'idée de la succession, au point de vue de la loi religieuse des Musulmans, est complètement distincte de celle admise d'après le Droit romain et le Droit français. D'après le Droit romain, qui est la source de toutes les législations européennes, la mort d'une personne n'éteint ses obligations et ses droits qu'en ce qui concerne ceux qui sont strictement personnels. Outre les biens matériels et *corporels*, il existe des droits incorporels et des obligations personnelles, qui sont transmis également aux héritiers qui représentent la personne du défunt. Dans le Droit musulman, la théorie des biens incorporels n'est pas admise, pas plus que celle de la représentation et de la continuation de la personne du défunt après sa mort. Tout finit avec la mort et personne ne peut continuer la personne du défunt et être réputé succéder à ses droits et à ses obligations.

[1] Compar. Weiss, dans le *Journal de Dr. international privé*, 1883, p. 395.

[2] Voir *De la dévolution par succession d'immeubles situés en Turquie et appartenant à des étrangers, Journal de Droit intern. privé*, 1887, p. 283 ; — Champcommunal, *Etude sur la succession ab intestat*, p. 150.

Les héritiers ne sont pas les successeurs de la personne du défunt, mais les simples continuateurs, en leur propre nom, de ses droits de propriété. Les obligations subsistent, si elles sont liées à une chose, par le motif que les biens sont essentiellement destinés à l'accomplissement des obligations, et aucune action ne peut être exercée contre l'héritier que jusqu'à concurrence des biens qu'il a recueillis dans la succession. Par conséquent, en acceptant la succession, il n'assume pas personnellement les obligations du défunt.

L'hérédité en droit musulman est indiquée par le mot *téréké* (masse des choses laissées). Elle consiste donc en un ensemble de choses corporelles. L'ensemble des droits et des obligations, en d'autres termes les choses incorporelles, qui sont aussi considérées comme faisant partie de la succession d'après le Droit romain, ne sont pas considérées comme telles en Droit musulman. L'obligation subsiste alors seulement qu'elle se trouve en relation avec une chose corporelle et matérielle.

La dissemblance de la théorie du Droit musulman et de celle des législations issues du Droit romain en cette matière est la source de difficultés, pour déterminer comment on doit régler les rapports entre les créanciers et les héritiers d'une succession dévolue sous l'empire d'une loi étrangère.

Ces difficultés peuvent se présenter devant un tribunal turc dans l'hypothèse où se trouvent en cause des intérêts ottomans. La loi religieuse musulmane, qui pendant plusieurs siècles a régi d'une façon absolue et exclusive tous les rapports et toutes les institutions dans l'empire ottoman, attribuait la juridiction aux magistrats du *chéri*. Il n'y fut dérogé qu'en vertu des traités conclus avec les différents Etats européens, dans lesquels on a admis la juridiction des consuls, qui appliquent leurs lois nationales et jugent d'après leur statut personnel tous les procès intéressant leurs concitoyens, et notamment ceux relatifs à la succession mobilière.

Néanmoins l'esprit exclusif de la législation religieuse musulmane se manifeste dans toute sa vigueur toutes les fois

que se trouve en jeu un intérêt national. Alors le privilège accordé aux étrangers et l'indifférence de la souveraineté ottomane à l'égard des intérêts étrangers régis par le statut personnel disparaissent sous l'influence absolue et intransigeante de la loi religieuse, que les tribunaux turcs sont tenus d'appliquer pour protéger les intérêts nationaux.

Une des graves questions, qui peut surgir en cas de poursuites intentées contre l'héritier par le créancier du défunt pour l'accomplissement des obligations contractées par celui-ci, consiste dans la détermination de la loi, d'après laquelle on doit décider si l'action est ou non admissible, ou en d'autres termes, si l'obligation qui forme l'objet du litige peut ou non être considérée comme existante. Si cette question était soulevée devant les tribunaux ottomans, comme ils ne peuvent se dispenser d'appliquer la loi religieuse musulmane, ils ne pourraient pas suivant cette loi admettre l'existence d'une obligation par elle-même, c'est-à-dire en sa qualité de chose incorporelle transmissible par voie de succession. L'obligation ne se conçoit en effet en Droit musulman qu'en rapport avec une chose corporelle ; ce sont les choses corporelles qui constituent la succession (le téréké), et qui sont affectées à l'accomplissement des obligations du défunt. La masse des choses qu'il laisse (*téréké*) est réputée par suite d'une fiction juridique comme toujours dans le patrimoine du *de cujus*, tant que ses obligations n'ont pas été remplies sur les biens qui constituent sa fortune. La succession représente donc une personne juridique, qui agit par l'intermédiaire d'un curateur nommé par le défunt lui-même pour opérer la liquidation de son patrimoine, ou en l'absence de ce curateur, par l'intermédiaire des héritiers. Chacun de ceux-ci représente toute la succession jusqu'à concurrence des biens qu'il a en sa possession. Le créancier peut dès lors invoquer l'application de la loi musulmane pour contraindre l'héritier qui se trouve en possession d'une partie des choses héréditaires à payer jusqu'à concurrence de la valeur de ces biens, et s'il ne se trouve pas en possession de sa part héré-

ditaire, il peut le faire condamner à payer, mais avec cette réserve que la condamnation ne peut être exécutoire qu'à l'égard des héritiers qui se trouvent réellement en possession des biens dépendant de la succession. Lorsque la question est déférée à la décision des tribunaux mixtes, en raison de la présence dans le litige d'étrangers et de nationaux, naturellement des règles différentes peuvent prévaloir, et on pourrait dès lors reconnaître l'autorité du statut personnel et des principes qui doivent régir les obligations personnelles. Il est incontestable qu'on met en jeu toutes les influences pour faire appliquer, même en Turquie, les principes les plus conformes à l'esprit des législations modernes. Néanmoins, il faut noter qu'en principe les autorités et les tribunaux ottomans considèrent toujours que les principes de la loi religieuse musulmane doivent être considérés comme la base du Droit civil turc et qu'ils admettent qu'on ne saurait se dispenser d'appliquer rigoureusement cette loi, quand il s'agit de protéger un intérêt national quelconque[1].

[1] Voir *De la succession en Droit ottoman*, par G. Tchacos, avocat à Constantinople, Paris, 1893 ; — Roquet, *Législation des Musulmans ;* — Gatteschi, *Manuale di Diretto pubblico e privato ottomano ;* — Kallai, *Le développement historique du droit de famille et de succession en Orient*, Budapest, 1882 non traduit.

CHAPITRE II.

De la loi régulatrice de la succession d'après le Droit italien

1303. De la loi régulatrice de la succession d'après les juristes italiens. — 1304. Opinion d'Alberic de Rosate et de Saliceto. — 1305. Règle consacrée par l'article 8 du Code civil italien. — 1306. Controverses en doctrine et en jurisprudence sur l'interprétation de cet article. — 1307. Combien il importe pour en préciser la .portée d'en bien comprendre l'idée substantielle. — 1308. Réfutation de l'affirmation gratuite que l'article 8 est inintelligible et doit être considéré comme non écrit. — 1309. Explication de cette disposition. —1310. Portée des règles de Droit privé international consacrées par le législateur italien. — 1311. Comment les juristes ont méconnu la véritable portée de l'article 8. — 1312. Comment doit-on comprendre cette disposition. — 1313. Il est inexact de prétendre que la règle consacrée par l'article 8 soit sans importance pratique. — 1314. Comment on peut démontrer à l'aide de certains exemples que l'article 8 peut servir à déterminer les droits des héritiers. — 1315. Valeur pratique de ce texte pour fixer les droits des créanciers de la succession d'un Anglais et pour déterminer les obligations légales dérivant du droit héréditaire. — 1316. Examen de la question de savoir si, aux termes de l'article 8, on peut admettre la compensation pour maintenir la mesure des droits successifs tels qu'ils sont établis d'après la loi italienne. — 1317. Doctrine de Fusinato. — 1318. Notre opinion contraire au droit de compensation. — 1319. Comment la compensation doit être exclue d'après les principes généraux du Droit. — 1320. Comment elle doit l'être également d'après les précédents législatifs. — 1321. Comment la règle consacrée par l'article 8 peut être limitée; explication de la disposition résultant de l'article 12. — 1322. Pourquoi y a-t-il lieu d'étudier cette question d'une façon générale. — 1323. Comment la question de la limitation de l'autorité de la loi étrangère a été posée par Savigny. — 1324. Comment les juristes ont voulu limiter l'autorité des lois étrangères par application du principe du respect de l'ordre public international. — 1325. Considérations sur l'idée de l'ordre public interne et international; opinons de Weiss, Fedozzi, Bluntschli, Oppenheim et Bar. — 1326. Le problème de l'autorité des lois et celui de leur limita-

tion doit être résolu d'après les principes de la compétence législative. — 1327. Explication de notre doctrine sur la compétence législative. — 1328. Exemples propres à la mettre en lumière. — 1329. Principes d'après lesquels on doit déterminer la compétence législative qui doit prévaloir. — 1330. Résumé de notre opinion. — 1331. Examen critique de la règle consacrée par l'article 12. — 1332. Quand l'application de la loi étrangère déroge-t-elle de la loi territoriale. — 1333. Le caractère prohibitif de la disposition ne peut pas avoir pour effet de lui attribuer une autorité absolue. — 1334. Application spéciale des principes dans la matière des successions. — 1335. Caractère éminemment juridique de la disposition consacrée par l'article 12. — 1336. Comment doit-on entendre l'expression du législateur, *lois concernant d'une façon quelconque l'ordre public et les bonnes mœurs.*

1303. — En Italie la théorie du Droit romain, consistant à considérer la succession comme connexe aux rapports de famille et le droit de disposer de la propriété comme le complément nécessaire des droits appartenant à l'individu en tant que propriétaire est depuis longtemps traditionnelle.

Dès le moyen-âge, alors qu'en France prévalait la doctrine, que les lois relatives à la succession avaient le caractère des lois réelles et devaient par conséquent avoir une autorité territoriale[1], une phalange de juristes italiens soutenait que les successions devaient être régies par la loi personnelle sans distinguer la nature des biens. Ils considéraient dès lors les lois relatives au Droit successif comme au nombre de celles qui devaient être sous l'empire du statut ou de la coutume du domicile du défunt. Parmi les partisans de cette théorie se trouvent au premier rang Albéric de Rosate et Barthélemy de Saliceto[2].

1304. — Voici ce qu'écrivait à ce sujet Albéric: « Une « personne qui possède des biens en divers lieux vient à mou-

[1] Voir Laurent *Droit civ. intern.*, T. I, n° 241; Castellani, *Il Diritto internazionale privato e i suoi recenti progressi.* T. I, p. 149, Turin, 1883; Lainé, *Introd. au Dr. intern. privé*, T. I, *Théorie des statuts, La doctrine italienne*, p. 205 et suiv.; Harrison, *Le Droit international privé au point de vue historique*, *Journ. de Dr. intern. privé*, 1880, p. 417.

[2] Albericus de Rosate ou de Rosciate de Lombardie a écrit au XIVe siècle et est mort en 1354.

« rir : on se demande à propos de sa succession, s'il faut « la régler d'après le statut du pays dont la personne était « originaire, ou d'après le statut du lieu où chaque bien se « trouve situé. Les uns soutiennent cette dernière opinion, « les autres la première, et c'est celle-ci qui semble la meil- « leure. Le statut, ajoute-t-il, est personnel, non réel et en « voici la preuve la plus certaine. La succession ne consiste « pas dans les biens, parce qu'il peut se faire que les biens « n'existent pas, et cependant cela n'empêche pas qu'il y ait « un héritier. Et que sera l'héritier ? Ce qu'est tout « héritier : le représentant de la personne du défunt. Et « s'il continue la personne du défunt, abstraction faite des « biens que le défunt possédait ou ne possédait pas, il faut « dire qu'il hérite en vertu du statut personnel[1] ».

Saliceto, qui enseignait à Bologne en 1363, a professé la même doctrine et a soutenu que les lois qui règlent la succession n'ont pas pour objet les biens, mais déterminent l'ordre des parents appelés à recueillir ces biens, ce qui fait qu'elles représentent le règlement de relations personnelles. Il a considéré l'hérédité comme une universalité qui ne saurait être localisée, « *et sic, de jure universali locum non occupant* », et il a admis que la succession tout entière était régie par le statut du domicile d'origine du défunt, quels que fussent les biens et en quelque lieu qu'ils fussent situés, « *statutum originis est validum... cum ergo statutum det universalem successorem et hæredem defuncto ; sequitur quod eadem authoritate dat in omnibus bonis ubicumque positis* ».

Ainsi que le fait avec raison observer Lainé, qui rend aux juristes italiens la justice qui leur est due, la doctrine consacrée par le Code civil italien, qui avait été également soutenue en Allemagne, et qui résume l'opinion sur laquelle se trouvent d'accord les juristes les plus autorisés de notre époque, se trouve admise dès le XIVe siècle par beaucoup de jurisconsultes des écoles de Bologne et de Florence, *et in hanc opi-*

[1] Sup. *Code de summa trinitate*, n° 25.

nionem, disait Saliceto lui-même, *concurrunt valentissimi doctores tam in Bononia quam in Florentia*[1].

1305. — Le législateur italien fixe la règle qui doit régir la succession dans l'article 8 des dispositions générales du Code civil, qui est ainsi conçu : « Les successions légitimes « et testamentaires toutefois, soit quant à l'ordre de succé- « der, soit quant à la mesure des droits successifs et à la vali- « dité intrinsèque des dispositions, sont réglées par la loi « nationale de la personne de la succession de laquelle il « s'agit, de quelque nature soient les biens et en quelque pays « ils se trouvent ».

Lorsque la Commission législative, en discutant le projet du Code civil, examina l'article en question qui avait été formulé par Mancini, cet éminent jurisconsulte commença par déclarer que ce texte constituait une innovation hardie eu égard aux principes admis antérieurement et d'après lesquels les immeubles, même au point de vue de la succession, étaient toujours régis par la loi du lieu où ils étaient situés. Du reste Mancini démontra, en invoquant l'autorité des auteurs les plus autorisés en matière de Droit international privé, que l'article qu'il avait rédigé était le plus juste, le plus libéral et le plus conforme aux données du Droit philosophique, parce que la succession, n'étant rien autre chose que la combinaison du principe de la propriété avec celui de la famille, doit être régie par la loi de la personne. Il est vrai, ajouta-t-il, que la nouveauté qu'on se proposait d'introduire dans le Code n'avait encore été consacrée par aucun législateur et était contraire aux tendances de la doctrine jusqu'alors reçue et consistant à admettre la règle *tot hæreditates quot territoria*. Toutefois il observa que cette théorie était scientifiquement erronée et avait pour résultats des complications, des incohérences, des frais exorbitants et des dommages pour les héritiers : qu'elle était contraire à la volonté présu-

[1] Lainé, cit., T. I, p. 183 et suiv.

mée du défunt qui, en ne disposant pas par testament de son patrimoine et en laissant au législateur le soin de le faire pour lui, ne peut être présumé n'avoir pas voulu que ses biens situés en pays étrangers soient dévolus d'après sa loi nationale, mais qu'ils le soient d'après la loi étrangère. Il concluait que le législateur italien, en adoptant le premier un principe aussi libéral et aussi généreux sans condition de réciprocité, condition qui a été également par application du même principe, abandonnée dans le nouveau Code civil dans les cas où elle était exigée d'après les précédents législatifs, donnerait un exemple admirable au monde civilisé et peut-être bien entraînerait les autres nations à l'imiter[1].

La rédaction proposée par Mancini fut admise avec de légères modifications, et cette règle ainsi formulée est obligatoire pour les tribunaux italiens à l'égard de la succession *ab intestat* d'un étranger ouverte en Italie, ou de celle d'un Italien ouverte à l'étranger. Ils doivent considérer la succession comme une universalité juridique et appliquer la loi nationale du défunt, quelle que soit la nature des biens et en quelques pays qu'ils se trouvent situés[2].

L'interprétation de l'article 8 a divisé les jurisconsultes et les tribunaux italiens.

1306. — L'objet principal de la controverse consiste à déterminer la portée de cette disposition. Le législateur édicte la règle à l'égard des biens qui composent la succession, de quelque nature qu'ils soient et en quelque pays qu'ils se trouvent. En s'en tenant à l'expression littérale, certains auteurs ont pu croire que le législateur italien avait voulu édicter une

[1] Procès-verbal n° 53, Séance du 27 mai 1865. Procès-verbaux de la Commission de coordination. Turin, Unione Tipo-Editrice. T. III, p. 487, 1887.

[2] Nous ferons remarquer, uniquement pour rappeler que notre opinion en cette matière est antérieure au Code civil italien, que dans notre ouvrage sur le *Droit international public* publié à Milan en 1865, nous avions soutenu le principe actuellement admis dans la législation de notre pays. Voir T. II, Appendice, p. 560-561.

règle applicable à tous les Etats du monde, en désignant la loi régulatrice des successions à l'égard des meubles et des immeubles existant tant en Italie que dans tout pays étranger quelconque. Il était naturel, qu'en entendant ainsi ce texte, certains jurisconsultes aient pu le considérer comme contraire aux principes juridiques indiscutables aussi bien en théorie qu'en pratique. Théoriquement, étant donné le juste principe de l'indépendance des Etats, dont dérive l'indépendance du pouvoir législatif qui appartient à chacun d'eux, on ne peut pas admettre qu'une souveraineté puisse s'attribuer le droit de soumettre à ses prescriptions impératives les choses de toute nature qui se trouvent sur le territoire soumis à un souverain étranger. Pratiquement, si le magistrat italien voulait, par application de l'article 8, déterminer les droits successifs concernant les immeubles situés dans un Etat étranger où se trouve en vigueur la règle *tot hæreditates quot territoria*, il ne pourrait pas déroger d'une façon efficace aux prescriptions de la loi territoriale; car sa décision serait sans effet à l'encontre des dispositions de cette loi, qui régleraient d'une façon différente la succession en Droit international privé.

Les décisions des tribunaux italiens au sujet de l'application de l'article 8 ont été très contradictoires. Les uns ont décidé, qu'en vertu de cette disposition, on ne pouvait pas considérer comme abrogée la règle *quot territoria tot hæreditates* admise dans d'autres Etats, puisqu'autrement ce serait admettre que le législateur italien aurait pu modifier le droit territorial des pays étrangers, et que par conséquent la disposition de cet article ne pouvait pas être étendue d'une façon efficace aux biens situés à l'étranger, et que dès lors les magistrats italiens ne pouvaient pas à l'égard de ces biens appliquer le principe consacré par leur législateur pour ne pas s'exposer à rendre des décisions qu'ils savent *à priori* ne pouvoir faire exécuter[1].

[1] Voir la sentence de la Cour de cassation de Turin, 22 décembre 1870, Pallavicini-Cavotti, (*Gazzetta del Procuratore*, 1871-1872, p. 40) et la

D'autres tribunaux, se basant sur la règle *ubi nulla verborum ambiguitas non debet admitti voluntatis quæstio*, ont admis la doctrine, émise par la Cour de Gênes, dans sa sentence du 11 avril 1870. Elle a décidé que, lorsque la loi commande dans des termes clairs et excluant toute incertitude quelconque d'interprétation, le juge ne peut faire autrement que de l'appliquer purement et simplement, sans faire aucune autre investigation, et en conséquence, appliquant l'article 8, elle a déterminé d'après la loi italienne les droits successifs des héritiers d'un national, dont la succession était en partie composée d'immeubles situés dans les anciens Etats Pontificaux. Notons du reste que cette décision fut ensuite annulée par la Cour de cassation de Turin. Le tribunal de Caltanissetta, par sa sentence du 27 mars 1891 et la Cour d'appel de Palerme, par sa sentence du 22 décembre 1892[1], appliquèrent d'une façon encore plus large l'article 8; ils décidèrent qu'en appliquant la loi italienne pour régler la succession d'un Italien en pays étranger, on devait considérer le fidéicommis comme sans valeur à l'égard même des immeubles situés sur le territoire de la Grande-Bretagne, parce que l'article 899 du Code civil italien interdit toute disposition fidéicommissaire et que l'article 24 de la loi transitoire du 30 novembre 1865 a aboli les fidéicommis. A la suite d'une telle divergence de vues et d'une telle confusion d'idées, on est arrivé à soutenir, que la disposition finale de l'article 8 devait être considérée comme inintelligible et par conséquent comme non écrite, en se basant sur la règle du Digeste, *quæ ita scripta sunt ut intelligi non possint, perinde sunt ac si scripta non essent*[2]. Cette opinion a été soutenue par Gabba dans son étude sur cette matière[3].

décision de la même Cour du 17 juin 1874, (*Giurisprudenza italiana*, 1874, I, 584).

[1] *Circolo giuridico* de Palerme, 1892, décisions civiles, p, 190; *id.*, *id.*, 1892, p. 316.

[2] L. 73, § 3, *De regulis juris*.

[3] Gabba, *La clausola finale del articolo 8* (*Giurisprudenza italiana*, 1892, 4e partie).

D'autres auteurs, même sans considérer ce texte comme non écrit, après l'avoir examiné, ont également abouti à l'altérer jusqu'à un certain point[1].

1307. — Pour bien comprendre le sens de l'article 8, il importe avant tout de ne pas l'altérer et de ne pas créer d'équivoques à l'égard de l'idée dont s'est inspiré le législateur.

Il faut d'abord noter que le législateur italien ne pouvait avoir d'autre intention que de dicter aux magistrats italiens, des règles pour résoudre les questions relatives aux successions ab intestat ou testamentaire. Si on examine attentivement l'article 8, on constate qu'il décide que l'ordre de la succession et la mesure des droits successifs doivent être déterminés conformément à la loi nationale de la personne du défunt, à l'égard de tous les biens qui composent son patrimoine, quelle qu'en soit la nature et en quelque pays qu'ils soient situés.

Par conséquent, l'objet de cette disposition est *l'ordre de la succession et la mesure des droits successifs*. Le législateur, en ce qui concerne ces deux choses, a fort justement décidé que le patrimoine, comme entité juridique, représente une individualité, et, sans distinguer les éléments qui le constituent, choses mobilières ou immobilières, créances, dettes, droits actifs, obligations, il l'a considéré comme une *universitas juris*. Ayant ainsi admis le caractère de l'unité et de l'indivisibilité de la succession, en quelque lieu que puissent exister les éléments qui la composent, il a disposé que lorsqu'il y aurait lieu de déterminer l'ordre de la succession et la mesure du droit héréditaire, tout devrait dépendre d'une loi unique, de celle qu'il désigne comme loi régulatrice des rapports personnels et des rapports de famille, c'est-à-dire celle de l'Etat auquel appartient la personne.

[1] Fusinato, dans la *Rivista di Diritto internazionale* de Naples, 1re année, p. 291).

L'idée inspiratrice de l'article 8 est, en d'autres termes, celle émise par Saliceto et par beaucoup d'autres juristes de son époque. Etant donné que l'ordre de la succession doit être considéré comme basé sur les rapports de famille et qu'il doit en être de même de la mesure des droits successifs, on ne saurait admettre que la même loi ne doit pas régir la succession tout entière qui, prise dans son ensemble, représente et continue la personne même du défunt. A ce point de vue seulement, il n'y a pas lieu de distinguer les éléments qui la constituent, s'ils sont des meubles ou des immeubles, des choses corporelles ou incorporelles, s'ils sont des biens situés sur le territoire de tel ou tel Etat : et c'est à ce point de vue seulement que le législateur italien n'a fait aucune distinction. Il a par conséquent disposé que les magistrats italiens, quand ils sont appelés à régler l'ordre des héritiers et à déterminer la quotité ou la mesure des droits successifs, doivent le faire par application d'une seule loi et doivent statuer à l'égard de tout le patrimoine considéré comme une *universitas.*

En disposant ainsi, le législateur italien aurait-il par hasard voulu méconnaître le droit de domaine éminent qui appartient aux souverainetés des pays étrangers où les immeubles héréditaires peuvent être situés ? En d'autres termes, a-t-il entendu que l'acquisition et l'exercice des droits fondés sur les rapports de succession et relatifs aux immeubles doivent dépendre exclusivement de la loi nationale du défunt ? S'il avait eu un tel dessein, il se serait réellement arrogé la fonction de législateur universel, en s'attribuant le droit de domaine sur les immeubles situés en territoire étranger et on devrait avec raison considérer la disposition finale de l'article 8 comme inintelligible et comme non écrite.

1308. — Cependant une telle supposition est inadmissible. Il suffit en effet de considérer que le législateur italien, avant tout, a formulé la règle concernant le domaine éminent dans l'article 7, où il est dit en termes généraux que, « les biens

« immobiliers sont soumis à la loi du lieu où ils sont situés ». Il reconnaît ainsi en principe le domaine éminent qui lui appartient sur les immeubles situés en Italie et également ce même droit pour les souverainetés étrangères sur les immeubles sis sur leur territoire. Voulant ensuite déterminer la loi qui doit régler la mesure, l'acquisition et l'exercice des droits de succession, il admet en principe, dans l'article 8, que les successions légitimes et testamentaires doivent être régies par la loi nationale, toutes les fois qu'il s'agit de statuer sur l'ordre des héritiers et sur la mesure des droits successifs à l'égard des biens, en quelque lieu qu'ils soient situés. Il dispose ensuite, dans l'article 12, qu'en aucun cas, les lois étrangères ne peuvent déroger aux lois prohibitives du Royaume qui concernent les biens, ni à celles concernant d'une façon quelconque l'ordre public.

Ces dispositions, prises dans leur ensemble, expriment et déterminent entièrement l'idée du législateur. Tout en reconnaissant d'une façon incontestable l'autorité de la loi étrangère régulatrice de la succession, il admet néanmoins que l'autorité de cette loi à l'égard de l'acquisition des droits sur les biens existant en Italie doit être limitée, toutes les fois que les droits de succession qu'on prétendrait en faire résulter, porteraient atteinte aux lois prohibitives du royaume concernant les biens ou ayant trait d'une façon quelconque à l'ordre public. Il résulte d'une façon évidente que, par la limitation établie aux termes de l'article 12, le législateur italien, en maintenant son droit de soumettre les immeubles à ses propres lois, a par voie de conséquence, décidé que l'acquisition et l'exercice des droits de succession basés sur des lois ou des décisions judiciaires étrangères peuvent ou doivent être limités, toutes les fois que l'application de la loi étrangère a pour résultat de déroger aux lois prohibitives qui concernent les biens ou l'ordre public. S'il en est ainsi, ne serait-ce pas un véritable contre-sens juridique que de vouloir supposer que le législateur italien, qui a ainsi solennellement affirmé son propre droit, a pu avoir l'intention de violer le

droit égal des souverainetés étrangères de régler par leurs propres lois l'acquisition et l'exercice des droits de succession sur les immeubles situés sur leurs territoires respectifs ?

Ceux qui ont émis ce contre-sens et les tribunaux qui, par leurs interprétations inexactes, ont facilité une telle supposition, ont abouti à légitimer l'affirmation purement gratuite, que l'article 8 devrait être considéré comme inintelligible et partant comme non écrit.

1309. — Pour comprendre la portée exacte de cette disposition, il faut avant tout faire remarquer qu'autre chose est la déclaration d'un droit, et autre chose l'efficacité et l'exercice de ce droit par rapport aux choses qui en sont l'objet.

Le droit subjectif, qui consiste dans la faculté de faire, d'exiger une chose ou d'y prétendre, diffère profondément du droit objectif, c'est-à-dire de celui qui est attribué à une personne donnée, sur une chose, avec la faculté d'exercer ce droit. Les caractères propres du droit objectif, du *jus in re*, du droit réel, sont les suivants, qu'une chose corporelle soit immédiatement soumise au pouvoir juridique de celui auquel le droit appartient, et qu'en outre ce droit soit protégé par une action réelle qui puisse être exercée *erga omnes* toutes les fois que le droit se trouve violé.[1]

Il faut dire en outre que les droits successifs, ayant trait à

[1] « Les droits réels, dit Winiwarter dans son commentaire de l'article « 307 du Code civil autrichien, supposent l'acquisition de la chose elle- « même ou tout au moins d'un droit ayant immédiatement pour objet la « chose. L'acquisition ayant été faite par une personne, les autres doivent « supporter l'exercice du droit acquis, à moins que la loi n'introduise une « exception spéciale : comme par exemple le § 367 à l'égard de la propriété. « Les droits réels donnent dès lors naissance à une action efficace contre « tout détenteur quelconque, et il apparaît dès lors que lorsqu'un droit « réel sur la même chose peut appartenir à plusieurs personnes, comme « par exemple en matière de gage ou de servitude, celui qui a le premier « acquis le droit doit toujours avoir la préférence (*potior in tempore* « *potior in jure*). C'est qu'en effet le premier acquéreur exclut tout un « chacun, et par conséquent même la personne qui a acquis un droit « égal, mais après lui ».

l'hérédité considérée comme une *universitas*, sont en substance complètement différents des droits qui peuvent appartenir aux successeurs à titre universel en particulier sur les choses qui constituent le patrimoine du défunt[1].

Pour déterminer la portée et la valeur des dispositions concernant les droits successifs, il faut en préciser nettement l'objet et ne pas négliger les distinctions que nous avons faites à l'égard de la *mens legis* et de la *voluntas legislatoris*.

Lorsque le législateur italien a voulu indiquer aux juges de l'Etat la loi, d'après laquelle ils doivent trancher les contestations relatives au rang des héritiers et à la mesure des droits successifs, et a édicté que cette loi serait la loi nationale, qui devrait s'appliquer aux biens de toute nature en quelque lieu qu'ils fussent situés, il ne pouvait pas faire autre chose que de désigner la loi qui devait servir à déterminer les droits à la succession, c'est-à-dire les droits concernant le patrimoine qui, pris dans son ensemble en tant qu'unité indivise, constitue la succession et la masse héréditaire. Est-ce que par hasard, en disposant que les droits à la succession, tant pour ce qui concerne le rang des héritiers que la mesure des droits successifs, devraient être reconnus et réglés par le juge italien suivant la loi nationale du défunt, ce législateur aurait pu avoir l'intention d'accorder à ce magistrat le pouvoir d'attribuer les droits de succession en tant

[1] Le patrimoine d'une personne, en tant qu'il constitue la succession, représente la masse de tous les droits patrimoniaux. Il est comme tel l'ensemble de toutes les parties qui le composent. Il est un tout composé de parties, mais qui cependant est distinct de la somme de ses parties. Il constitue une *universitas* : comme tel il est une collectivité abstraite, un *nomen jures* (L. 178, § 1, Dig., *De verb. singnif.*, 50, 16). Il ne peut pas former l'objet de droits réels. Dans le Code Autrichien, se trouve exactement formulée la différence entre le droit à la succession et le droit de succession. En effet, il est dit à l'article 532 que : « Le droit exclusif de « prendre possession de toute la masse héréditaire ou d'une partie de « cette masse déterminée en relation avec la totalité se nomme droit de « succession, ce droit est un droit réel et apposable à quiconque veut « prétendre à la masse héréditaire, celui qui a droit à la succession « s'appelle héritier et la masse héréditaire par rapport à lui s'appelle « succession ».

que droits réels, c'est-à-dire d'attribuer aux parties le pouvoir juridique de prendre possession des choses de la succession, en quelque pays qu'elles soient situées, conformément à la loi nationale du défunt?

Cela équivaudrait en réalité à admettre, que la souveraineté italienne aurait voulu méconnaître et fouler aux pieds les droits de la souveraineté territoriale, à qui appartient le pouvoir exclusif de régler l'acquisition des droits réels garantis par les actions réelles, lesquelles peuvent être exercées *erga omnes*.

Au contraire, il résulte clairement de ce que nous avons dit que, par le fait que les immeubles sont soumis à la loi du lieu où ils sont situés, aucun droit sur la chose, en tant que droit réel garanti par les actions réelles, ne peut être attribué, avec toute sa force juridique comme tel, qu'en conformité de la loi territoriale.

Il faut observer, ainsi que nous l'avons fait déjà à plusieurs reprises, qu'en l'absence d'un accord entre les Etats sur la compétence législative de chaque souveraineté et sur l'autorité des lois édictées par chacune d'elles pour régler les droits des personnes dans leurs rapports entre elles, avec la famille et le patrimoine qui leur appartient, chaque souverain peut comme il l'entend règler ces droits et déterminer l'autorité de la loi par rapport aux immeubles situés sur le territoire de l'Etat d'après les principes consacrés par sa propre législation.

En vertu de ces principes, on ne peut pas admettre, même en Droit italien, que par le fait que le législateur italien a considéré la succession comme une *universitas juris*, la règle *quot territoria tot hæreditates* doive être exclue, et que les souverainetés étrangères puissent être empêchées de soumettre la succession immobilière à la loi territoriale et de disposer en principe, que le rang des héritiers et la mesure des droits successifs doivent être régis par la *lex rei sitæ*, et non par la loi du domicile ou par celle du pays du défunt.

1310. — Il ne faut jamais oublier que les dispositions du titre préliminaire du Code civil italien, bien que relatives aux rapports de Droit privé international, ne peuvent être considérées que comme des dispositions de Droit civil. Elles n'ont par conséquent aucune force impérative à l'égard des Etats étrangers, et n'obligent pas les magistrats des autres pays à observer les règles admises par le législateur italien et à ne pas appliquer leurs lois nationales contraires à ces règles. En effet le législateur italien ne pouvait prétendre et n'a pas prétendu promulguer une loi applicable à tous les Etats.[1]

Par conséquent, étant donné que d'après le Droit territorial les dispositions relatives aux successions ne soient pas considérées comme basées sur les rapports de famille et comme connexes aux relations personnelles, mais comme fondées sur le Droit politique et comme connexes à ce même Droit; étant donné qu'en conséquence le législateur ait disposé que la seule loi applicable en matière de succession immobilière soit celle émanée de lui et ait ainsi consacré, pour des raisons

[1] Il est à noter qu'autre chose est la force juridique de la loi en tant qu'elle déclare le droit, et autre chose sa force impérative et son efficacité en tant qu'elle attribue le droit réel et effectif sur les choses et en assure l'exercice, en vertu du droit de commandement et de juridiction qui appartient à la souveraineté dont émane la loi. De même que le droit de commandement et de juridiction est territorial, de même on doit considérer comme territoriale la force impérative de la loi, en tant qu'elle donne au titulaire du droit le pouvoir juridique sur sa propre chose et sur la chose d'autrui, avec la faculté d'exercer l'action judiciaire (Compar. Windscheid, *Droit des Pandectes*, §§ 38, 39 et 43 et les notes de Fadda sous ces §§). A cet égard, on peut dire avec raison *extra territorium jus dicendi impune non paretur*.

La loi, en tant que prescription législative, exerce aussi sa force impérative à l'égard des magistrats nationaux, qui sont soumis à la souveraineté dont cette loi émane. Les tribunaux étrangers doivent aussi appliquer les lois promulguées par les souverains étrangers, pourvu toutefois que cette application ne soit pas interdite par une disposition expresse émanée de la souveraineté nationale. Dans ce cas, la loi nationale exerce seule son empire à l'exclusion de la loi étrangère, qui naturellement est inefficace.

Tout cela est la conséquence nécessaire de l'autonomie et de l'indépendance des souverainetés et de la territorialité du droit de commandement et de juridiction qui appartient à chacune d'elles.

d'intérêt social et politique, le principe de la territorialité de toute disposition légale régissant le droit de succession relatif aux immeubles, pourrait-on déroger à la loi territoriale? Pourrait-on par hasard soutenir que le législateur italien ait pu, en vertu de la disposition de l'article 8, investir le juge italien du pouvoir d'attribuer des droits réels et effectifs sur les immeubles situés à l'étranger, contrairement à la loi territoriale, ou que les tribunaux étrangers soient tenus de reconnaître l'autorité impérative de cette disposition et d'en faire l'application aux immeubles sis dans leur pays, contrairement aux dispositions de leur loi nationale?

Dans le système de la législation italienne, même lorsque la succession de l'étranger s'ouvre en Italie où se trouvent les biens héréditaires, on ne pourrait pas admettre la validité d'un fidéicommis relatif à ces biens à l'égard de l'héritier étranger, dans le cas où d'après la loi nationale du défunt ces biens pourraient former l'objet de ce fidéicommis. Le législateur italien ayant, dans le but de sauvegarder les intérêts sociaux, aboli le fidéicommis et interdit de grever les biens existant en Italie des charges qui en résultent, on ne pourrait pas, en vertu de la loi nationale du défunt, attribuer à l'héritier sur ces biens les droits dérivant du fidéicommis. Autrement en effet on violerait l'article 899 du Code civil italien et l'article 24 de la loi 24 de la loi transitoire, qui renferment des dispositions prohibitives et d'ordre public en cette matière.

Réciproquement on doit admettre que, lorsque les biens qui dépendent d'une succession italienne sont situés en pays étranger, et qu'aux termes de la loi territoriale, ils peuvent former l'objet d'un fidéicommis, on ne peut pas soutenir qu'en vertu de l'article 8 des dispositions générales du Code civil italien, d'après lequel la succession doit être régie par la loi nationale du défunt, le magistrat italien pourrait déclarer nul le fidéicommis contrairement à cette loi territoriale[1].

[1] Compar. la sentence de la Cour de cassation de Palerme du 25 août 1894 dans l'affaire Sceberras C. de Geronimo, *Foro italiano*, 1894, I, p. 1099.

1311. — Les juristes, qui n'ont pas examiné d'une façon pondérée et approfondie l'article 8, en ont d'après nous mal compris le sens et la portée : c'est ce qui explique leurs affirmations gratuites. On ne saurait en effet admettre en principe qu'un droit successif, en tant que droit réel et effectif ayant pour objet des immeubles situés en pays étranger, puisse être attribué en vertu des dispositions de la loi italienne, quand aux termes de la loi de la situation de ces immeubles, ce droit ne peut être acquis ni exercé d'une façon efficace[1]. Le législateur italien, loin de supposer cela, a exclu cette hypothèse. Il a en effet, posé en principe que, chaque souveraineté, ayant le droit exclusif de commandement et de juridiction sur tout le territoire de l'Etat, peut en vertu de ce droit éminent soumettre les immeubles qui

[1] Voici comment nous avions résolu cette question d'après les principes généraux du Droit dans notre *Droit international codifié*, (2e édit., Turin 1898) :

« Règle 268. — Toutes les choses, qui se trouvent actuellement sur le « territoire d'un Etat, doivent être considérées comme soumises au comman- « dement et à la juridiction du souverain territorial.

« Règle 270. — Aucun droit réel sur les choses existant sur le territoire « d'un Etat, quelle qu'en soit l'origine, ne pourra être efficace qu'en « conformité de la loi émanée de la souveraineté territoriale. Aucun « rapport juridique à l'égard des choses existant sur le territoire d'un « Etat ne pourra être efficace, s'il résulte du développement ou de la « reconnaissance de ce rapport une atteinte directe ou indirecte au droit « public territorial, ou aux lois qui concernent les biens et qui sont « considérées comme d'ordre public. »

Aussi, d'après nous, le Tribunal civil de Corbeil a fait une juste application des principes, dans son jugement du 4 août 1897, en décidant que la disposition de la loi italienne basée sur l'idée de l'unité de la succession, en vertu de laquelle une des parties demandait que ses droits de succession d'après son statut personnel s'étendissent aux immeubles situés en France, n'était pas applicable en France. « En effet, disait le tribunal, tant que le « législateur n'aura pas, modifiant la loi française, édicté à l'instar du « nouveau Code civil italien, que les successions doivent être réglées par « une loi unique, la succession mobilière des étrangers habitant le « territoire français sera régie par leur statut personnel et leur succession « immobilière, pour leurs immeubles situés en France, par le statut réel ». Tribunal civil de Corbeil, 4 août 1897, aff. Tasca, *Journal de droit internat. privé*, 1898, p. 568-570.

font partie du territoire exclusivement à ses seules lois, sans qu'un tel droit puisse être contesté ou restreint par les souverainetés étrangères. Cela, ainsi que nous l'avons déjà fait remarquer, résulte des dispositions de l'article 7 et de l'article 8 combinées avec l'article 12.

Par conséquent si, aux termes de la loi territoriale, comme par exemple en France, se trouve consacrée la règle que les immeubles situés sur le territoire sont régis par un droit héréditaire distinct, celui de la *lex rei sitæ*, on ne peut incontestablement pas soutenir que la disposition de l'article 8 puisse avoir la force juridique nécessaire pour ôter toute autorité à la loi territoriale.

Il est en effet incontestable que la souveraineté territoriale a seule le droit de commandement sur le territoire et sur les choses immobilières qui le constituent et que personne ne peut efficacement revendiquer des droits sur les immeubles situés sur le territoire de l'Etat contrairement aux dispositions de la loi territoriale. Autrement on déciderait d'une façon contraire à la règle posée par le jurisconsulte Paul : *Extra territorium jus dicenti impune non paretur. Idem est, et si supra juridictionem suam velit jus dicere*[1].

1312. — Quel est donc le sens exact du principe formulé dans l'article 8 des dispositions générales du Code civil italien ?

C'est que, lorsqu'on peut d'après la loi reconnaître au magistrat italien la juridiction nécessaire pour régler la succession d'un étranger qui s'est ouverte en Italie, ou pour résoudre les contestations relatives aux droits successifs, aussi bien en ce qui concerne la succession étrangère qu'en ce qui concerne la succession italienne, le magistrat doit considérer la succession comme une unité idéale, comme une universalité juridique, quelle que soit la nature des biens qui

[1] L. 20, Dig., *De jurisdictione*, II, I.

la constituent, et en quelque pays que ces biens soient situés, et regardant toutes les choses héréditaires comme formant une seule masse patrimoniale, il doit déterminer le rang des héritiers et la mesure des droits successifs d'après la loi personnelle du défunt.

Il est d'autre part incontestable que, d'après les vrais principes du Droit international, le magistrat italien ne peut pas reconnaître et attribuer des droits successifs d'une façon réelle et efficace sur les immeubles situés en pays étranger, contrairement aux dispositions de la *lex rei sitæ*.

En effet, le législateur italien ayant proclamé le principe que les immeubles sont régis par la loi du lieu où ils sont situés, a par là même entendu que ses tribunaux ne pourraient pas attribuer des droits réels sur les immeubles situés en pays étranger en violation des lois territoriales.

1313. — Mais alors la disposition de l'article 8 n'est-elle pas uniquement une règle doctrinale, une déclaration législative de principes sans aucune portée pratique?

A quoi se réduit la valeur et l'application de ce texte? Ne pourra-t-il être appliqué que lorsque l'exemple admirable donné par le législateur italien aura été suivi par ceux des autres Etats, et devra-t-il être considéré comme une disposition théorique jusqu'au jour où des règles différentes seront admises dans les pays étrangers?

Cela est loin d'être la réalité.

Il faut admettre d'une façon générale, que toute la théorie de droit international privé, condensée dans les articles 6 à 12 du titre préliminaire du Code civil italien ne constitue incontestablement pas une déclaration législative des règles du Droit international privé à l'usage de tous les Etats. Ce serait là un véritable contre-sens juridique. Les lois édictées par le souverain de chaque Etat ne sont obligatoires que pour les tribunaux du pays et ne peuvent avoir d'autorité réelle que dans les limites du territoire soumis à la juridiction de ce souverain. Dès lors les dispositions du titre préli-

minaire du Code civil italien ne peuvent avoir d'autorité absolue et complète que sur le territoire où existent l'*imperium*, l'*auctoritas* et la *jurisdictio* de la souveraineté italienne.

La restriction de cette autorité effective ne saurait néanmoins justifier l'affirmation gratuite, que l'article 8 devrait être considéré comme inintelligible et dès lors comme non écrit. Il serait tel, si on voulait le considérer comme ayant une valeur juridique à l'égard de tous les Etats, mais il n'en est pas ainsi. Du reste cette disposition peut trouver son application dans de nombreux cas. En effet, toutes les fois que le magistrat italien peut se considérer comme investi de la juridiction nécessaire pour juger les contestations relatives aux successions, ce qui a lieu[1] non seulement lorsque la succession s'est ouverte en Italie, mais même lorsqu'elle s'est ouverte à l'étranger, et qu'il existe en Italie une partie des immeubles ou des meubles composant l'actif de la succession, il doit juger ces contestations conformément à la règle consacrée par l'article 8. Il peut assurer l'exécution de ses décisions en ce qui concerne les biens situés sur le territoire de l'Etat, et ne doit pas se préoccuper des obstacles qui pourraient en entraver l'exécution lorsque les biens se trouvent situés sur un territoire soumis à une autre souveraineté. dont la loi territoriale limite l'efficacité des droits qu'il a reconnus.

1314. — En limitant ainsi la valeur pratique de l'article 8, on n'aboutit pas plus à le réduire à néant, qu'à en restreindre l'application à des hypothèses très rares et presque imaginaires. Nous n'exposerons pas tous les cas où cet article peut trouver son application; nous nous bornerons à en indiquer quelques-uns.

Supposons, par exemple, qu'un Espagnol meure dans un pays étranger où il est domicilié et que sa succession s'y étant ouverte, on doive, aux termes de la loi territoriale, fixer

[1] Art. 94 C. Procéd. civ. italien.

le rang des héritiers et la mesure des droits successifs conformément à la loi de son domicile.

Supposons en outre que le conjoint survivant concoure à la succession et que, d'après la loi du pays du domicile du défunt, la part héréditaire soit moindre que celle qui lui serait due aux termes du code espagnol.

Supposons finalement qu'une partie considérable des biens du défunt soit située en Italie, et que le conjoint survivant s'adresse aux tribunaux italiens pour demander l'attribution de la part qui lui revient dans la succession de l'autre époux.

Les juges italiens, ne pouvant pas juger autrement que par application de l'article 8, devraient, sans se préoccuper de la loi en vigueur au lieu de l'ouverture de la succession, appliquer les articles 834-839 du Code civil espagnol, pour déterminer d'abord le rang des héritiers et ensuite la part héréditaire de l'époux survivant. Pour y arriver, ils devraient considérer le patrimoine comme formant une seule masse, indépendamment des territoires où sont situés les biens et, comme le Code espagnol attribue à la veuve, qui n'est pas séparée de corps ou qui est séparée aux torts de son mari défunt, une part en usufruit égale à celle attribuée comme réserve à chacun des enfants ou descendants légitimes non avantagés, ces mêmes juges devraient reconnaître les droits héréditaires de la veuve dans cette proportion. De plus, étant donné qu'aux termes de l'article 838 du Code civil espagnol, les héritiers peuvent payer la part en usufruit au moyen d'une constitution de rente ou de la cession du produit de biens déterminés, constitution ou cession établies d'accord ou imposées par les tribunaux, et que tant que le paiement de la rente n'a pas été ainsi assuré, tous les biens de la succession doivent être considérés comme grevés du paiement de la part en usufruit revenant au conjoint survivant, il nous semble évident que le magistrat italien pourrait assurer l'exécution de sa décision, en autorisant ce conjoint à prendre une garantie sur les biens situés en Italie pour obtenir le paiement de sa part dans la succession.

On devrait résoudre d'après les mêmes principes la question dans l'hypothèse où il s'agirait de la succession d'un Italien, qui aurait laissé des biens à la fois en Italie et à l'étranger, et où le conjoint survivant concourrait à cette succession. On devrait également, dans ce cas, faire une masse de tous les biens pour déterminer la part du conjoint survivant aux termes des articles 812 et suivants du Code civil italien[1].

On devrait décider d'après les mêmes principes dans le cas de concours à la succession d'un enfant naturel, lorsqu'aux termes de la loi du lieu où la succession s'est ouverte et où existe une partie des biens héréditaires, on refuse tout droit successif à cet enfant, même lorsqu'il lui est reconnu par la loi nationale du défunt. Nous arriverions aux mêmes conclusions qu'en ce qui concerne l'époux survivant, si cet enfant pouvait introduire son action en Italie, étant donné qu'une partie des biens de la succession se trouve située sur le territoire italien.

On devrait appliquer également ces principes dans l'hypothèse où il s'agirait de déterminer les droits successifs des héritiers légitimes. Supposons, par exemple, qu'un Français domicilié dans un pays, où la loi consacre le principe que la succession doit être régie par la loi du domicile du défunt, aussi bien quand celui-ci est étranger que lorsqu'il est citoyen de l'Etat, ait fait son testament dans ce pays, en disposant de ses biens situés en partie dans l'Etat où il est domicilié, en partie en France et en partie en Italie. Etant donné que, par cet acte valable d'après la loi de son domicile, il ait porté atteinte au droit des héritiers réservataires tel qu'il est réglé par les articles 913 et suivants du Code civil français ou qu'il ait déshérité un de ses héritiers à réserve, en se conformant à la loi de son domicile, qui aux termes de la loi territoriale devrait régir sa succession. Supposons que l'héritier à réserve lésé ou déshérité, se basant sur l'article 826 du Code civil

[1] Cour de Venise, 12 février 1895, affaire Busonili (*Foro italiano*, 1895, p. 1011).

français qui attribue au cohéritier le droit de demander en nature sa part héréditaire des meubles et des immeubles de la succession, introduise sa demande devant un tribunal italien pour obtenir sa part comme héritier réservataire des biens existant en Italie. Les magistrats italiens, étant alors tenus, aux termes de l'article 8, de statuer d'après la loi nationale du défunt à l'égard du rang des héritiers, de la mesure des droits successifs et de la validité intrinsèque des dispositions testamentaires, en quelque lieu que se trouvent les biens, ne pourront pas se dispenser d'appliquer la loi française pour dire avant tout si le demandeur pourrait ou non être considéré comme héritier réservataire. Etant donné qu'il puisse être considéré comme tel, on devrait aussi décider d'après la loi française, qui détermine la quotité des biens dont on peut disposer par testament, si la disposition testamentaire devrait ou non être considérée comme valable, et si elle devrait ou non être réduite en tenant compte des droits successifs de l'héritier réservataire. Pour décider de cette façon, les juges italiens devraient appliquer la règle consacrée dans l'article 8, d'après laquelle le patrimoine du défunt doit être considéré comme une entité unifiée par le lien juridique qui unit les biens et les éléments qui composent ce patrimoine à la personne du défunt. Ces magistrats devraient par conséquent former une seule masse de tous les biens existant en Italie, en France et dans l'Etat où était domicilié le défunt, pour déterminer la quotité du droit de l'héritier français réservataire à l'égard de tout le patrimoine de la succession considérée comme une universalité. Après avoir ainsi déterminé la partie de la succession qui d'après la loi française constitue la réserve et établit l'importance du droit de l'héritier réservataire, le tribunal pourra décider avant tout s'il faut ou non réduire les dispositions testamentaires et fixer la part de l'héritier réservataire. Cette décision des juges italiens ne pourrait incontestablement pas avoir pour effet d'attribuer à cet héritier un droit sur les biens existant dans le pays où le défunt était domicilié et dont la

législation fait régir la succession de l'étranger par la loi du domicile. Toutefois ces magistrats pourraient assurer l'exécution de leur décision à l'égard des biens meubles et des immeubles existant en Italie, déterminer la portion qui doit être attribuée à titre de réserve et, tenant compte de la disposition de l'article 826 du Code civil français, qui est conforme à l'article 987 du Code civil italien, ils pourraient attribuer en nature à cet héritier sa part sur les meubles et les immeubles existant en Italie.

1315. — Nous n'énumérerons pas tous les cas dans lesquels l'article 8 peut être appliqué, contrairement à l'affirmation gratuite qu'il serait inintelligible et devrait être réputé non écrit. Néanmoins nous croyons utile d'examiner comment, d'après nous, il devrait être appliqué par les tribunaux italiens, s'ils étaient appelés à trancher une contestation relative aux charges des héritiers dans leurs rapports entre eux et avec les créanciers de la succession.

Supposons qu'un citoyen anglais domicilié dans une localité de la Grande-Bretagne vienne à mourir en France, où en fait il était établi, et que son patrimoine se trouve en partie en Angleterre, en partie en France et en partie en Italie. Supposons en outre que les héritiers n'aient fait aucune déclaration pour limiter leur responsabilité à l'égard des dettes du défunt et pour accepter la succession sous bénéfice d'inventaire. Supposons enfin qu'en Italie il existe non seulement des biens appartenant au défunt, mais encore d'autres biens appartenant en propre aux héritiers, et qu'on soulève devant les tribunaux italiens la question de savoir si, à défaut d'acceptation sous bénéfice d'inventaire, les héritiers ne doivent pas être considérés comme tenus du paiement intégral des dettes de la succession garanti par leur fortune personnelle, ainsi que le dispose le législateur italien dans les articles 1029 et 955 et suivants du Code civil.

On peut supposer aussi que la même question ait été soumise aux tribunaux français qui, se basant sur la doctrine

tot territoria quot hæreditates, et admettant l'application des articles 793 et suivants du Code civil français, par suite de la circonstance qu'une partie du patrimoine immobilier se trouvait en France, aient décidé que par le fait que les héritiers n'auraient pas accepté sous bénéfice d'inventaire, ils devraient être censés obligés jusqu'à concurrence de tous leurs biens à raison des dettes du défunt, conformément aux dispositions de la loi française.

Etant donné qu'une telle question soit soulevée, dans les circonstances que nous venons d'indiquer, devant les tribunaux italiens, ceux-ci pourraient-ils décider, qu'en raison du défaut d'acceptation sous bénéfice d'inventaire on devrait admettre la responsabilité illimitée des héritiers ? Pourraient-ils tout au moins déclarer exécutoire le jugement du tribunal français, pour permettre aux créanciers de la succession, d'agir contre les biens des héritiers, pour le motif qu'ils auraient été condamnés par les juges français à payer les dettes héréditaires au moyen de tous leurs biens personnels, faute par eux d'avoir fait la déclaration qu'ils acceptaient la succession sous bénéfice d'inventaire ?

Il nous paraît impossible d'admettre l'une ou l'autre de ces solutions.

Il ne faut en effet jamais oublier que le législateur italien, sans se préoccuper des doctrines admises dans les autres pays, a consacré la théorie de l'unité et de l'universalité de la succession, en proclamant comme loi régulatrice de cette institution la loi personnelle à l'égard de tous les biens qui constituent le patrimoine du défunt, de quelque nature que soient ces biens et en quelque pays qu'ils se trouvent. S'agissant de la succession d'un Anglais, et l'article 8 imposant aux juges italiens l'application de la loi anglaise, tout ce qui concerne le régime de cette succession, doit être déterminé d'après cette loi. Elle doit par conséquent être appliquée, non seulement pour la détermination de la qualité d'héritier légitime ou testamentaire, mais aussi pour la détermination de l'étendue des obligations de l'héritier en vertu de sa con-

dition juridique comme tel, car cela constitue également la mesure de son droit successif. Etant donnée la théorie de l'unité de la succession, on ne saurait, sans violer la règle formulée par le législateur italien, admettre que la conditiòn d'héritier doive être établie d'après une loi autre que la loi anglaise, et que la substance des obligations fondées sur cette condition pussent être régies pour une législation différente. Cela conduirait à fractionner l'unité du régime de la succession, à scinder l'idée de l'universalité de cette même succession indépendamment de la nature et de la situation des biens, et à violer la règle formulée dans notre législation.

Etant en effet admis qu'aux termes de l'article 8, on doive reconnaître la loi anglaise comme la source du droit successif dans la succession d'un Anglais, on ne peut, sans violer cet article, décider que les obligations légales résultant du droit héréditaire puissent dépendre d'une autre législation.

Ceci posé, il faut admettre que d'après le Droit anglais la condition de l'héritier en ce qui concerne le paiement des dettes du défunt n'est pas la même que d'après le Droit Romain ou bien que d'après les législations qui en sont dérivées, l'héritier ne continue pas en effet la personnalité du défunt, en ce sens que les obligations et les dettes de celui-ci soient mises à sa charge. Le paiement des dettes doit être opéré par l'exécuteur testamentaire au moyen des choses mobilières qui sont spécialement à ce destinées ; cet exécuteur doit être mis en possession de ces choses, qu'il doit employer intégralement au paiement des dettes et à l'accomplissement des dispositions faites par le testateur. Etant donné que la valeur des biens meubles ne suffise pas à ce paiement, l'héritier des immeubles est tenu du paiement du reliquat des dettes, mais seulement jusqu'à concurrence de la valeur de ces immeubles. Par conséquent, aux termes du Droit anglais, la condition d'héritier ne peut jamais impliquer aucune charge personnelle : il n'est jamais tenu de faire aucune déclaration, parce que la loi elle-même règle le droit successif, en limitant la responsabilité personnelle de l'héritier

jusqu'à concurrence de la valeur des biens de la succession.

Ceci donné, le tribunal italien étant tenu aux termes de l'article 8 de régler la mesure du droit successif d'après la loi anglaise, devra appliquer cette loi non seulement pour déterminer la qualité d'héritier, mais aussi pour fixer l'étendue de ses obligations en tant qu'héritier du défunt. Il devra donc admettre qu'aux termes de la loi anglaise celui qui représente le défunt en qualité d'héritier n'est pas tenu des dettes de la succession jusqu'à concurrence de la valeur de ses biens qu'il a recueillis dans la succession, et qu'il n'est astreint à faire aucune déclaration d'acceptation sous bénéfice d'inventaire pour limiter sa responsabilité à l'égard des dettes du défunt. Ce tribunal devrait dès lors décider que, s'agissant d'une succession régie par le Droit anglais, l'héritier ne peut, en l'absence d'acceptation sous bénéfice d'inventaire, être tenu à répondre des dettes de la succession à concurrence de tous ses biens, ainsi que le dispose le législateur italien. En effet les dispositions des articles 955 et suivants, concernent les successions régies par le Droit italien, et la circonstance qu'une partie des biens du défunt se trouve en Italie ne saurait modifier, pas plus les règles concernant la loi régulatrice du droit de succession, que la substance des obligations légales dérivant de la condition juridique d'héritier en tant que représentant et successeur du défunt.

Pour les mêmes raisons, le jugement rendu par un tribunal français ne saurait avoir pour effet de modifier en Italie les principes que nous venons d'exposer. En effet les règles de Droit international privé consacrées par notre législateur, au point de vue de leurs dispositions substantielles et fondamentales, font partie des principes d'ordre public, et on ne pourrait sans y déroger reconnaître l'autorité d'une loi étrangère qui, contrairement au juste principe de l'unité juridique de la succession, admettrait la théorie contraire *tot hæreditates quot territoria*. De même on ne pourrait reconnaître aucune autorité à la décision du tribunal étranger basée sur cette théorie, de façon à lui faire produire à l'égard

de biens situés en Italie des conséquences juridiques contraires aux principes consacrés par le législateur italien dans l'article 8 combiné avec l'article 12 des dispositions générales du Code civil italien.

1316. — Il nous reste à signaler l'inconvénient capital qui peut résulter de la fausse interprétation de l'article 8, inconvénient encore aggravé par suite de la circonstance que des jurisconsultes très autorisés, tendent par leur doctrine à aller à l'encontre de ce texte.[1]

Etant donné qu'aux termes de la loi personnelle, qui doit régir le rang des héritiers et la mesure des droits successifs d'après l'article 8, il soit attribué à l'héritier une part héréditaire différente de celle qui lui est reconnue par la *lex rei sitæ*, devra-t-on admettre le droit de compensation ? Supposons que la succession se soit ouverte en Italie et que le magistrat italien, statuant sur la quotité des droits successifs, ait décidé d'après la loi nationale du défunt qu'un cohéritier aurait droit aux 3/4 de la succession et un autre au 1/4, et qu'une partie du patrimoine se trouvant en France ou dans un autre Etat, le tribunal de cet Etat ait au contraire décidé, par application de la loi territoriale, que la part d'un cohéritier soit des 2/3 et celle de l'autre de 1/3. Le tribunal italien ne pouvant, en appliquant la disposition de l'article 8, empêcher les immeubles sis en France d'être dévolus et partagés d'après la loi française, c'est-à-dire attribués jusqu'à concurrence des 2/3 à l'un et de 1/3 à l'autre, peut-il assurer au cohéritier les 3/4 du patrimoine auquel il a droit d'après la loi nationale du défunt, et ordonner, qu'étant donné qu'il ne peut obtenir en France ce qui lui est dû, il lui soit attribué sur les biens situés en Italie une quote part suffisante qui, ajoutée à ce qui lui sera attribué sur ceux sis en France, lui assure les 3/4 du patrimoine du défunt? Pourra-t-il, en d'autres termes, admettre la compensation? Pourra-t-il tout au moins, dans

[1] Voir Fusinato, *sur l'article 8 des dispositions préliminaires du Code Civil. Rivista di Diritto internazionale*, Naples, 1898, p. 298.

l'hypothèse où il s'agirait d'une succession régie par le Droit italien ordonner que le cohéritier prendra la part qui lui est attribuée par la loi italienne sur toute la succession prise dans son universalité en quelque pays que se trouvent situés les biens qui la composent, et dès lors étant donné qu'une partie de ces biens se trouve dans des pays étrangers dont la loi attribue au cohéritier italien une part moindre que celle qui lui est reconnue par le Code italien, admettre ce cohéritier à obtenir une compensation sur les biens existant en Italie ?

En vertu des principes que nous avons exposés, il faut admettre en principe que la règle formulée dans l'article 8 ne peut avoir de force impérative qu'au point de vue des effets qu'elle peut produire sur le territoire soumis à la juridiction du législateur, et qu'on ne peut dès lors en faire dériver un droit de succession réel efficace et effectif sur les immeubles situés dans un pays étranger où se trouve en vigueur une loi distincte, aux termes de laquelle la succession immobilière est régie par la loi territoriale. Par conséquent, bien que le juge italien déclare le droit de l'héritier sur tout le patrimoine du défunt, sans distinction des biens et des territoires où ces biens sont situés, cet héritier n'acquiert pas par là même un droit réel et effectif sur les immeubles situés en pays étranger. Devant au contraire subir l'empire de la loi territoriale, il peut se faire qu'il ne lui soit pas attribué réellement une quote part de biens proportionnée au droit que le magistrat italien a proclamé. Etant donné d'autre part que le magistrat doit assurer l'autorité de la chose jugée et l'exécution de sa sentence, il pourrait sembler de prime abord qu'il pourrait autoriser le cohéritier à obtenir une compensation, en contraignant l'autre héritier qui aurait été avantagé en vertu de la *lex rei sitæ* à payer en argent, en rente, ou en nature, ce qui serait nécessaire pour rétablir l'égalité des parts suivant la loi nationale du défunt qui, d'après le législateur italien, doit régir la mesure des droits successifs, quelle que soit la nature des biens et en quelque pays que ces biens soient situés.

1317. — Fusinato, dans son article que nous avons cité, soutient la théorie de la compensation, parce que, dit-il, c'est ainsi seulement qu'on peut atteindre le résultat final indiqué dans l'article 8, que la succession soit partagée d'après la loi personnelle du défunt. Il corrobore son opinion, en invoquant certaines dispositions du Code civil en matière de partage de la succession, qui autorisent la compensation, et spécialement celles des articles 994 et 995, aux termes desquels en cas d'impossibilité de former des lots égaux, le juge peut autoriser la compensation pour faire cesser l'inégalité. Il invoque en outre l'autorité du Droit Romain, qui consacrait le même principe en matière d'action en partage[1]. Il fait aussi remarquer que dans le cas où, aux termes de la *lex rei sitæ*, il est attribué une part supérieure ou inférieure à celle qui devrait être assurée à l'héritier d'après la loi nationale du défunt, ainsi que dispose le législateur italien dans l'article 8, ces circonstances présentent une sorte d'obstacle à ce que les immeubles de la succession, en quelque lieu qu'ils soient situés, soient partagés d'après la loi régulatrice de la succession, et que dès lors, pour arriver à ce que l'ensemble de la succession soit partagé d'après la loi personnelle du défunt, il ne pourrait y avoir d'autre moyen que la compensation.

1318. — Nous devons avant tout répéter que, pour interpréter l'article 8, il est nécessaire de n'en pas dénaturer la substance et de ne pas altérer l'idée et la *mens legislatoris*. Or, on n'y parle pas de partage du patrimoine, mais seulement du rang des héritiers et de la mesure des droits successifs. Nous avons déjà dit plusieurs fois que le législateur italien, ne pouvant pas prétendre imposer sa loi au monde, la *mens le-*

[1] Dans les actions divisoires *permittitur judici rem alicui ex litigatoribus ex bono et æquo adjudicare, et si unius pars prægravari videbitur, eum invicem certa pecunia alteri condemnare*. L. I. § 20, *De actionibus*, IV, 6. Id. L. I §§ 4 et 5 *De off. jud.* IV, 17 ; L. 336, *Comm. div.* III, 37.

gislatoris ne pouvait être que d'indiquer aux magistrats italiens le principe, d'après lequel ils devront déterminer le rang des héritiers et la mesure des droits successifs dans les limites de leur juridiction.

Le droit de commandement qui appartient à chaque souveraineté, ainsi que nous l'avons expliqué précédemment[1], étant territorial, on doit également considérer comme territoriale la force impérative des lois par elle édictée en ce qui concerne tous les effets qu'elles peuvent produire à l'égard des immeubles qui constituent le territoire. Le législateur italien a reconnu expressément cela dans l'article 7 des dispositions générales du Code civil. Aussi ne pouvait-il pas, dans l'article 8, accorder aux magistrats italiens le pouvoir d'attribuer des droits réels et effectifs sur les immeubles situés sur le territoire d'Etats étrangers, et par là même méconnaître l'autonomie et l'indépendance de ces Etats. A plus forte raison ce législateur ne pouvait pas ensuite disposer que tous les immeubles, en quelque pays qu'ils fussent situés, devraient être partagés entre les héritiers du défunt d'après la règle établie par lui. Cela conduirait à méconnaître le domaine éminent des souverainetés étrangères sur les immeubles existant sur leur territoire.

En principe il faut admettre que les droits qui peuvent être attribués à toute personne sur les immeubles, chaque fois qu'ils sont considérés objectivement, c'est-à-dire comme des droits réels immobiliers, doivent être soumis à la *lex rei sitæ*, en ce sens que leur acquisition à ce titre doit être régie par la loi territoriale[2]. On doit en effet avant tout établir d'après cette loi la condition juridique de la chose, en tant qu'elle peut former l'objet d'un droit déterminé, et en outre tout ce qui concerne la substance du droit lui-même comme droit objectif ou droit réel, notamment et surtout le droit de pos-

[1] Voir supra, n° 1310.
[2] Compar. Cour de Venise, 12 février 1895, *Foro italiano*, 1895, p. 1011.

session, le droit de propriété et tout autre droit qui est basé sur la propriété.

Ces principes doivent s'appliquer également aux droits de succession. Ces droits peuvent être réputés régis par le statut personnel en tant que la succession considérée dans son ensemble et comme la continuation de la personnalité du défunt, se trouve (comme un tout idéalement indivis) en rapport avec la loi à laquelle est soumise la personne du *de cujus*. Mais ces mêmes droits considérés objectivement, c'est-à-dire en tant que droits réels immobiliers, doivent être réputés soumis à la *lex rei sitæ*. Par conséquent, l'acquisition des droits sur les immeubles dépendant de la succession, considérés comme droits réels et effectifs sur ces biens, ne peut pas être basée sur la loi étrangère, bien que cette loi déroge aux dispositions de la loi territoriale à l'égard de l'acquisition des droits de succession.

Ceci donné, comment pourrait se justifier le droit de compensation? Ce droit, qui ne peut pas être admis en vertu des principes généraux, doit être considéré comme expressément exclu dans la théorie consacrée par notre législateur.

1319. — D'après les principes généraux, l'individu qui est créancier d'une somme donnée et qui en même temps est débiteur à l'égard de la même personne peut opérer la compensation, jusqu'à concurrence de la quantité correspondant à ce qu'il a le droit de recevoir.

Par conséquent, pour pouvoir admettre la compensation dans notre cas, il faudrait supposer que l'héritier ait acquis en vertu de la loi italienne un droit réel et effectif sur tous les biens qui composent la succession, en y comprenant les immeubles situés en pays étranger. Pour admettre cela, il faudrait supposer que le législateur n'a pas seulement accordé aux magistrats italiens le pouvoir de déterminer la mesure du droit successif et par conséquent le montant de la part revenant à chacun des héritiers dans les limites de leur juridiction, mais qu'il a pu leur accorder le pouvoir d'attribuer

aux héritiers des droits réels et effectifs sur les biens existant en dehors de la juridiction des tribunaux italiens, en réglant l'acquisition de ces droits conformément aux principes formulés dans le Code italien, nonobstant la diversité ou la contrariété des prescriptions de la *lex rei sitæ*.

Tout le monde comprend que de telles suppositions ne sont pas admissibles, et que par conséquent on ne saurait arguer d'un droit de créance basé sur la loi italienne pour obtenir en nature la part héréditaire des biens existant dans un pays étranger, dont la loi consacre la règle *tot hæreditates quot territoria*.

Les articles du Code civil invoqués par Fusinato le sont à tort, car ils se rapportent au partage des biens acquis en vertu du droit de succession et existant dans les limites de la juridiction du magistrat appelé à statuer sur la demande en partage.

Il est naturel que chaque cohéritier qui, dans une succession à laquelle il concourt, a acquis le droit de réclamer en nature une part héréditaire déterminée des biens mobiliers et immobiliers existant sur le territoire de l'Etat, puisse demander le partage de ces choses et que le juge puisse pour des raisons d'intérêt public ordonner la compensation, afin de ne pas nuire aux intérêts de l'agriculture nationale en divisant les exploitations foncières. Pour étendre cette façon de procéder à l'égard d'un patrimoine qui se trouve situé sur le territoire de différents Etats, il faudrait étendre d'une façon arbitraire la portée de l'article 8, en admettant qu'il ait l'autorité d'une loi internationale.

1320. — La compensation doit être considérée comme exclue d'une façon absolue, même lorsqu'il s'agit d'une succession italienne, dont les biens se trouvent situés en différents pays, parce que les précédents législatifs ne permettent pas de l'admettre.

Lors de la discussion du projet du Code civil italien, la commission du Sénat, pour protéger les intérêts des natio-

naux avait proposé un article 742 ainsi conçu : « En cas de « partage d'une succession dévolue à des citoyens et à des « étrangers et composée de biens situés dans le royaume et « à l'étranger, les héritiers citoyens auront le droit de pré- « lever sur les biens existant dans le royaume une portion « égale en valeur aux biens situés en pays étranger, dont les « citoyens seraient à un titre quelconque exclus en tout ou « en partie. »

Cet article n'a pas été admis par la commission législative, pour la raison qu'il aurait constitué un véritable acte de représailles, contraire aux principes libéraux qui ont servi de base au nouveau Code civil[1].

Par là-même, le droit de compensation introduit dans la législation française par la loi de 1819 doit être réputé non seulement exclu du Droit italien, mais, l'article proposé par la commission du Sénat ayant été supprimé après avoir été discuté, cette suppression a eu incontestablement une importance décisive pour démontrer les deux points suivants :

1° La commission législative ayant examiné le cas où les héritiers nationaux pouvaient avoir sur les biens existant à l'étranger un droit moindre que celui qui leur est reconnu par le Code civil italien, a par là-même reconnu que les héritiers italiens ne pouvaient pas prétendre avoir sur les biens héréditaires sis à l'étranger, une part égale à celle qui leur est attribuée d'après le Code civil italien. Elle a ainsi admis indirectement que, tant que l'exemple donné par le législateur italien n'aura pas été suivi par les législateurs étrangers, de manière à établir un droit uniforme au sujet de la loi régulatrice de la succession, on pourra constater, comme cela a lieu, l'application de règles législatives distinctes en vertu de l'autonomie et de l'indépendance des souverainetés, certains Etats admettant la doctrine législative italienne, celle de l'unité de la succession sans distinction de territoires, et

[1] Voir le procès-verbal n° 28 de la Commission de coordination. séance du 11 mai 1865, n° 10

d'autres la doctrine opposée, *tot hæreditates quot territoria*.

2° La commission législative ayant rejeté le droit de compensation pour les héritiers italiens sur les biens existant en Italie, a par là-même indiqué clairement, que le législateur italien ne pouvait attribuer aucun droit héréditaire réel et effectif sur les biens existant en pays étranger pour légitimer le droit corrélatif à la compensation. Si en effet cette commission avait voulu, qu'en vertu de l'article 8, l'héritier italien pût se prévaloir de droits réels et effectifs sur les immeubles situés à l'étranger, il aurait été illogique de supprimer l'article proposé par la commission du Sénat. Cette suppression a été opérée parceque la compensation manquait de base. En effet, comme nous l'avons déjà dit, le législateur italien, ne pouvant s'arroger le titre de législateur de l'univers, ne pouvait pas disposer que les biens, en quelque pays qu'ils se trouvassent situés, dussent être dévolus d'après le principe adopté par lui, de façon que l'héritier pût, à l'égard de toute la succession, se prévaloir d'un droit réel et effectif basé sur la loi italienne, même lorsque la loi territoriale consacrerait des règles différentes ou contraires.

C'est seulement dans l'hypothèse, où tous les autres Etats, ayant suivi l'exemple donné par le législateur italien, auraient établi un droit international uniforme en ce qui concerne la loi régulatrice de la succession, qu'on pourrait invoquer par voie d'analogie les règles législatives concernant le partage des biens sur le territoire de l'Etat et permettant la compensation pour la formation des lots.

On dira peut-être que, les magistrats italiens ne pouvant ordonner la compensation, l'application de l'article 8 doit être considérée comme une déclaration purement doctrinale. Nous avons réfuté cette opinion et nous répétons que, bien que le juge italien ne puisse pas méconnaître la loi étrangère basée sur la règle *quot territoria tot hæreditates*, néanmoins toutes les fois qu'il est appelé à trancher des questions concernant le rang des héritiers et la quotité des droits successifs, il doit

les résoudre d'après le principe admis par notre législateur, en considérant la succession comme une *universitas juris* et en la regardant comme régie par une loi unique, à seule fin d'en déduire tous les effets qui peuvent se produire sur le territoire italien.

1321. — Ayant expliqué la disposition du législateur italien concernant la loi régulatrice de la succession, d'après laquelle la succession, quels que soient les biens qui la composent, et sans distinguer suivant les pays où ces biens sont situés, est régie par la loi nationale du défunt, maintenant nous allons examiner comment et dans quels cas cette règle générale peut être limitée.

L'exception concernant l'autorité des lois étrangères se trouve formulée dans l'article 12 des dispositions générales du Code civil italien, qui est ainsi conçu :

« Nonobstant les dispositions des articles précédents, en « aucun cas les lois, les actes et les sentences d'un pays « étranger, et les dispositions et conventions privées, ne « pourront déroger aux lois prohibitives du royaume qui « concernent les personnes, les biens et les actes, ni aux lois « concernant d'une façon quelconque l'ordre public et les « bonnes mœurs ».

Le législateur italien, après avoir dans les articles 6 à 10 posé les règles relatives à l'autorité des lois qui concernent l'état et la capacité des personnes, les rapports de famille, les successions légitime et testamentaire, la substance et les effets des donations et des obligations et les règles relatives à l'autorité des sentences étrangères, formule ensuite d'une façon générale la règle limitative. Cette règle est appliquée à toutes les dispositions du Code civil et naturellement à l'article 8, dont nous devons nous occuper spécialement.

Bien que l'exception se trouve établie d'une façon générale, nous devrions nous borner ici à l'examiner spécialement en ce qui concerne l'article 8.

1322. — Nous avons néanmoins cru utile de déroger à la rigueur scientifique, et d'expliquer le sens de la règle, tant d'une façon générale que par rapport aux divers articles du Code. Nous avons procédé ainsi, pour mettre en lumière les idées déjà exposées dans la partie générale de cet ouvrage, et pour compléter l'exposé de tout le système de Droit international privé formulé par le législateur italien. Qu'on ne nous critique donc pas si, dans le but de mieux mettre en lumière notre opinion en cette matière, nous sommes plus long et plus diffus qu'une méthode rigoureuse ne devrait le comporter.

1323. — Avant d'indiquer comment le législateur italien a édicté la règle qui limite l'autorité des lois étrangères, nous ferons remarquer qu'en doctrine tout le monde est d'accord pour reconnaître que, même lorsqu'on ne saurait contester l'autorité de la loi étrangère comme loi régulatrice d'un rapport donné, on doit cependant admettre qu'en certains cas cette autorité doit être limitée. Savigny lui-même, qui a enseigné la doctrine d'une certaine communauté juridique basée sur les principes de l'autorité universelle de chaque loi, à l'empire de laquelle on doit considérer comme soumis tout rapport juridique, admet cependant comme juste limitation de ce principe le respect absolu du Droit territorial, que dans certains cas le juge doit observer. Voici du reste comment il s'exprime à cet égard: « Ce principe (celui fondé sur « la communauté juridique) est limité à l'égard de certaines « sortes de lois, dont la nature spéciale s'oppose à un traitement aussi libéral que celui de la communauté de droit « entre les divers Etats. A l'égard de ces lois, le juge devra « observer le droit de son pays plus exclusivement que ce « principe ne le permet, et par contre devra faire abstraction « du droit étranger, même quand ce principe en aurait justifié l'application. De là dérive une série d'exceptions importantes, et la détermination des limites de ces exceptions

« constitue peut-être la tâche la plus difficile dans toute cette « théorie. »[1]

Savigny soutient donc que, même lorsque d'après les principes qui doivent servir à déterminer l'autorité exterritoriale des lois, l'application du Droit étranger peut se justifier, il faut néanmoins qu'à l'égard de certaines lois, dont on ne saurait admettre l'autorité exterritoriale en opposition avec le droit territorial, le juge se considère comme tenu d'appliquer la loi de son propre pays en écartant la loi étrangère. Il fait en outre remarquer que la fixation des justes limites de cette exception constitue la partie la plus difficile de toute la théorie relative à l'autorité tant territoriale qu'exterritoriale des lois. Ainsi cet éminent jurisconsulte, qui avait compris nettement toute l'étendue du problème et qui avait indiqué le juste principe qui devait servir à résoudre les conflits entre le Droit local et le Droit étranger, n'a pas voulu dissimuler la difficulté résultant de la limitation nécessaire de ce principe.

Les auteurs contemporains ont cherché à préciser cette limitation, mais n'ont pu aboutir à formuler des règles certaines. Tous en effet sont tombés d'accord pour admettre, qu'en certains cas le Droit local doit avoir une autorité absolue, de façon à exclure le Droit étranger, même quand l'autorité de ce dernier peut se justifier à l'égard d'un rapport donné. Toutefois, quand il s'est agi de déterminer les limites de l'exception, plusieurs sont demeurés dans le vague, en proposant des règles sans précision. Ils ont indiqué beaucoup de cas, dans lesquels la prépondérance de l'autorité du Droit local sur le Droit étranger apparaît d'une façon plus claire, plus manifeste et plus incontestable; mais ils n'ont pu parvenir à formuler un principe synthétique et général de nature à éliminer toutes les incertitudes.

[1] Savigny, *Système du Droit Romain*, t. VII, p. 35 de la traduction italienne de Scialoia; p. 33 du texte original allemand.

1324. — La grande majorité a admis en principe, que le droit pour l'individu d'exiger l'application des lois dont dérivent ses droits privés et civils dans ses relations avec les autres individus, avec la famille et avec le patrimoine, doit être partout respecté, mais que ce droit doit être limité par le droit incontestable pour chaque souveraineté territoriale de sauvegarder la vie juridique de l'Etat. Ils ont conclu de là que la personnalité de la loi et partant l'autorité de celle-ci à l'étranger doivent être limitées par les nécessités politiques et sociales, qui impliquent le respect absolu de toutes les lois ayant pour but la protection et la défense de la vie juridique de chaque Etat, et dont l'autorité ne saurait être diminuée par suite de la volonté et des intérêts des individus.

Quand il s'est agi d'indiquer ces lois, dont chaque souveraineté peut exiger le respect absolu, les juristes de notre époque les ont généralement désignées par l'expression générale de *dispositions d'ordre public*. Ils ont voulu ainsi indiquer toutes les règles, que le législateur proclame avec une autorité impérative et qui doivent être à l'abri de toute atteinte de la part de la volonté individuelle. Considérant donc que tout Etat peut exiger le respect absolu des dispositions d'ordre public, non seulement dans les rapports internes, mais encore dans les rapports internationaux, ils en ont conclu que chaque souveraineté peut réclamer directement le respect de ces dispositions sur son propre territoire, de façon à exclure toute influence de la part de toute souveraineté étrangère qui pourrait agir en sens opposé.

Toutefois les mêmes jurisconsultes se sont divisés par suite de la considération suivante :

Tous ont reconnu qu'on doit qualifier lois d'ordre public toutes celles qui ont pour but la protection d'un droit ou d'un intérêt public. Ils ont cependant fait remarquer que certaines lois qui ont le caractère d'ordre public sont obligatoires pour les seuls citoyens, mais non pour les étrangers parce qu'elles ne les concernent pas. Ils ont indiqué comme telles, les lois qui déterminent l'âge nécessaire pour contracter mariage, qui

établissent certaines restrictions à la capacité en général, comme par exemple la disposition qui soumet la femme à l'autorisation de son mari, certaines lois qui règlent les rapports de familles, comme par exemple celle qui régit l'exercice de l'autorité paternelle. Ces lois ne peuvent pas exercer leur autorité absolue à l'égard des étrangers, parce que la condition et la capacité de ces derniers doivent être réglées par leur loi nationale, qui doit présider à l'organisation de leur famille. Toutefois ils ont admis que, si certaines lois d'ordre public étaient obligatoires pour les seuls citoyens, d'autres l'étaient à la fois pour les citoyens et pour les étrangers. C'est ce qui a conduit les juristes à faire des lois d'ordre public deux catégories, celles *d'ordre public interne* et celles *d'ordre public international*[1]. Certains ont préféré l'expression d'*ordre public absolu, ordre public universel*[2]. D'autres ont dit *ordre public absolu*, *ordre public relatif* : ce sont ces expressions qu'a notamment proposé Lainé. Plusieurs ont dès lors soutenu que, lorsqu'il s'agissait d'appliquer une loi étrangère sur le territoire d'un Etat, l'application devait subir une restriction toutes les fois qu'il en résultait une atteinte à un intérêt ou à un principe d'ordre supérieur, c'est-à-dire à une disposition d'ordre public international. On est arrivé ainsi à indiquer, comme règle de la restriction de l'autorité exterritoriale des lois, le respect absolu dû aux dispositions d'ordre public international.

L'étude des juristes dans ces derniers temps s'est concentrée dans la recherche et la détermination des règles d'ordre public international, et beaucoup de travaux consciencieux ont été publiés surtout à la fin du XIXe siècle, dans le but de bien préciser les dérogations aux règles générales sur lesquelles est basée la théorie de l'autorité exterritoriale des lois, en prenant comme point de départ l'idée du respect dû à l'ordre public international.[3]

[1] Brocher, *Dr. internat. privé*. Introduction générale, n° 11.
[2] Olivi, *Revue de Droit international*, 1885, p. 57.
[3] Boissarie, *De la notion de l'ordre public en droit international*

1325. — L'idée d'ordre public n'est pas par elle-même assez bien déterminée, assez claire et précise pour servir de base certaine à l'autorité absolue de certaines lois, auxquelles il ne saurait être permis aux particuliers de déroger. Les jurisconsultes romains avaient posé en principe, que les particuliers ne pouvaient pas faire une convention en violant les lois et les principes d'ordre public et des bonnes mœurs : *Pacta quæ contra leges constitutionesque vel contra bonos « mores fiunt nullam vim habere indubitati juris est.*[1] » Cette règle a été ensuite reproduite dans les codes modernes et se trouve consacrée dans l'article 6 du Code civil français. Il n'est toutefois pas toujours facile de décider, si une disposition donnée doit ou non être considérée comme comprise parmi celles d'ordre public. Il est du reste encore plus difficile de dire si une disposition donnée doit être regardée comme d'ordre public interne ou d'ordre public international.

Quel est en effet le caractère propre d'une loi d'ordre public international ?

Weiss, qui se base sur cette distinction pour établir des règles au sujet de la limitation des lois étrangères, dit qu'il

privé, Des formes du testament. Paris, 1888. — Pillet, *L'ordre public en droit international privé,* Grenoble, 1890.] — Bustamante, *El orden publico internacional,* la Havane, 1893. — Surville, *Du rôle de la volonté en droit international privé dans les questions que soulève le contrat de mariage,* Paris, 1888. — Surville et Arthuys, *Cours élémentaire du droit international privé,* 3e édition, p. 38. — Moutier, *Du conflit des lois étrangeres avec les lois d'ordre public françaises.* 1891. — Despagnet, *L'ordre public en droit international privé,* 1885, p. 5 et suiv. et 207 et suiv. — Weiss, *Droit international privé,* T. II, *Les conflits des lois, restriction basée sur l'ordre public international.* — Torres Campos, *Estudios de derecho internacional privado,* 1891. — Fedozzi, *Quelques considérations sur l'idée d'ordre public international* dans le *Journal de dr. internat. privé,* p. 69 et suiv. et 495 et suiv. — Laurent, *Droit civil international* T. III, nos 188 et suiv. VIII, n° 98 et suiv. — Bartin, *Les dispositions d'ordre public,* dans la *Revue de droit international,* 1897, p. 385. — Milone, *Le leggi proibitive nell'articolo 12 del titolo preliminare al Codice civile* dans la Revue *Il Filangieri,* 1899. — Albéric Rolin, *Principes de droit international privé,* T. I, tit. IV, *De l'ordre public.*

[1] L. 6, Cod. *de Pactis,* II, 3.

appartient au juge de décider, tenant compte des motifs et des fins de la loi, si une disposition donnée doit être considérée comme d'ordre public interne ou d'ordre public international. [1]

Fedozzi soutient que la question, de savoir si une règle législative donnée doit être réputée contraire à l'ordre public international de l'Etat où on veut s'en prévaloir, n'est pas susceptible d'une solution rigoureusement exacte. S'en référant à la théorie de Bar, il dit que si c'est l'intérêt social qui en matière de conflit des lois sert à déterminer si une loi donnée est ou non applicable, ce doit être l'intérêt social également qui doit suggérer la règle d'après laquelle on devra décider si une loi étrangère, contraire dans son principe à l'ordre public de notre pays, peut être ou non applicable dans ses conséquences. Il ajoute qu'on doit admettre ou rejeter les conséquences d'une loi étrangère contraire à l'ordre public. D'autres auteurs et notamment Bluntchli [2] ont soutenu qu'on doit réputer absolu l'empire des lois d'une nature tellement obligatoire et coercitive qu'on ne peut pouvoir s'y soustraire, et Oppenheim [3] considère comme telles toutes les lois de forme impérative et prohibitive qui ont le caractère de *lex cogens*.

Bar exprime la règle relative à la limitation de la loi étrangère de la façon suivante : « L'application des lois étran-« gères est exclue suivant qu'elle aurait pour effet de réaliser « sur le territoire de l'Etat des rapports juridiques ou d'obliger « à des actes ou à des prestations, qui d'après la législation « de l'Etat ne pourraient pas être obligatoirement imposés [4] ». Cette formule, ainsi que le fait observer Rolin, manque de netteté et de précision et laisse ouvert le champ au pouvoir indéterminé du juge.

1326. — Sans nous étendre à exposer toutes les opinions

[1] Weiss *locit., cit*, p. 93.
[2] *Deutsches Privatrecht*, § 12, n° VII.
[3] *System des Völkerrechts*, ch. XIV, § 3 i. p. ; ch. XV, § 9 i. p.
[4] Bar cité par Albéric Rolin, *Principes de Dr. internati. privé*, T. I. p. 308, n° 146.

des éminents juristes qui ont traité cette matière, nous allons compléter la doctrine que nous avons exposée d'abord dans notre ouvrage publié en 1865 [1], ensuite dans la première édition de cet ouvrage [2], puis dans une note sous un arrêt de la Cour de Milan [3] et enfin plus haut dans la partie générale de ce traité [4]. Il nous semble que la question de l'application de la loi est strictement connexe à celle de l'autorité de cette même loi, qui est principale et préjudicielle, et que les principes, sur lesquels nous devons nous baser pour déterminer l'autorité tant territoriale qu'exterritoriale des lois, doivent servir aussi à en déterminer dans certains cas la limitation, et qu'on doit considérer la règle et l'exception comme des parties intégrantes du même système.

Toute la théorie de l'autorité des lois doit être basée, d'après nous, sur le principe de la compétence législative. Le problème de la compétence législative doit lui-même être résolu, en tenant compte de la fonction et du pouvoir législatifs dans leurs rapports avec l'individu et dans leurs rapports avec la collectivité. Une fois nettement déterminé le vrai principe de la compétence législative, on arrive à fixer les limites de la sphère juridique, dans l'intérieur de laquelle on peut admettre la force impérative de la loi dans les rapports internationaux.

La compétence législative considérée dans le développement de la fonction et du pouvoir législatifs par rapport aux personnes, soit prises isolément, soit dans leurs rapports avec la famille, trouve sa base dans la soumission volontaire de l'individu, qui est principalement déterminée par le fait qu'il est citoyen d'un État donné.

[1] *Nuovo Diritto internazionale pubblico*, Milan 1865, 129 et suiv.. La partie qui se rapporte à cette question est reproduite à l'appendice du présent ouvrage, t. II.

[2] *Diritto internazionale privato*, 1869, Florence, Le Monnier édit., ch. IV des préliminaires, n°s 27 et 28.

[3] Note sous la sentence de la Cour d'appel de Milan du 13 octobre 1891 dans le *Foro italiano*, 1892, n° 3, p. 659.

[4] Voir supra, t. I. ch. VII.

Cette compétence doit par conséquent être attribuée au souverain de l'Etat auquel l'individu appartient, en admettant que la loi faite par ce souverain doit étendre son autorité au citoyen en quelque lieu qu'il se trouve, en raison de sa soumission permanente au pouvoir souverain, soumission qui résulte de la qualité de citoyen.

La compétence législative dans ses rapports avec la collectivité doit être attribuée exclusivement au souverain de l'Etat, qui seul peut avoir le droit de défendre la collectivité, en maintenant avant tout les bases de son organisation et en protégeant en outre les intérêts collectifs, sous quelque forme que puisse surgir la nécessité ou l'utilité de les conserver ou de les défendre.

Ceci donné, il est clair pour nous, que le problème de l'autorité de la loi peut être résolu d'une façon générale, dans le but de déterminer en principe, en cas de concurrence de lois non uniformes, celle qui devra régir chaque rapport juridique.

Quand toutefois il y aura lieu d'appliquer une loi étrangère au rapport juridique soumis à l'autorité de cette loi, ou d'apprécier dans le pays où la loi a été édictée les conséquences juridiques de son application à l'étranger, il pourra se faire que la loi territoriale, dont l'application peut se justifier en vertu des principes relatifs à la compétence législative, se trouve en conflit avec la loi étrangère qui devrait être appliquée d'après les principes généraux.

Il pourra ainsi se faire, qu'après l'application en pays étranger de la loi, à laquelle doit être réputé soumis le rapport contesté, alors qu'on voudra déduire les conséquences juridiques de cette application, ou maintenir les effets qui en peuvent résulter dans le développement successif de ce rapport dans notre pays, on se trouve en présence de la loi édictée par la souveraineté territoriale en vertu de sa compétence législative, et que par suite de l'observation obligatoire de prescriptions de cette dernière loi, on se trouve dans l'impossibilité de réaliser le fait juridique ou les conséquences

juridiques qui devraient résulter de l'observation de la loi étrangère. C'est dans cette hypothèse que se produit la véritable concurrence de deux lois, auxquelles l'autorité régulatrice peut être attribuée et dont l'application peut se justifier d'après les mêmes principes. Cette sorte de conflit spécial ne peut être résolu que par application du principe fondamental de la compétence législative des deux souverainetés, en respectant l'autorité de la loi émanée de la souveraineté dont la compétence doit être prépondérante.

1327. — Le problème ainsi posé, ce ne peut pas être le but de la loi qui peut servir à en déterminer la limitation : ce ne saurait être non plus le caractère de la loi, suivant qu'elle est prohibitive ou facultative. Il faut plutôt s'en tenir au principe sur lequel doit être basée l'idée de la prépondérance de la compétence législative. Par conséquent, dans tous les cas où se trouvent en concurrence deux lois émanées de souverainetés distinctes, auxquelles en vertu des principes la compétence législative pourrait être attribuée, tout d'après nous devrait se réduire à déterminer celle des deux compétences qui devrait prévaloir.

Il nous semble qu'on ne saurait contester l'existence des vrais principes, d'après lesquels on devrait fixer la compétence législative prépondérante. Etant en effet donné que tout le monde est d'accord pour reconnaître que les droits, qui se rapportent à la condition des personnes, aux rapports de famille et qui trouvent leur fondement dans les relations personnelles, doivent être régis par le statut personnel (statut qui suivant nous doit être déterminé par la qualité de citoyen de l'Etat), il nous paraît évident que la compétence législative qui doit prévaloir à l'égard de ces droits doit être celle de la souveraineté de l'Etat auquel la personne appartient en qualité de citoyen.

De là il résulte que toutes les lois promulguées par cette souveraineté pour régler les rapports relatifs à ces droits doivent avoir non seulement une autorité impérative à l'égard

des citoyens, mais qu'elles doivent exercer un empire absolu, en ce sens qu'aucune loi émanée d'un autre souverain ne puisse y déroger, c'est-à-dire anéantir ou amoindrir l'autorité de la loi qui constitue le statut personnel. Il est inutile de rechercher si la disposition légale est d'ordre public interne ou d'ordre public international, et si elle est facultative ou prohibitive.

Etant admis en principe que les lois qui concernent la condition civile des personnes doivent exercer leur autorité à l'égard des citoyens, de même que celles qui règlent les relations personnelles et les rapports de famille, et qu'il en est ainsi parce que les citoyens doivent demeurer partout et d'une façon permanente soumis à la compétence de leur législateur national, il est clair que toutes les dispositions législatives concernant ces matières, même celles d'un caractère prohibitif, ne doivent en principe régir que les seuls citoyens de l'Etat dont elles émanent. En effet les citoyens d'un pays donné sont soumis d'une façon absolue et permanente à l'empire de leur législateur national, et les lois dont s'agit ne peuvent exercer leur autorité à l'égard des étrangers qu'exceptionnellement, c'est-à-dire quand le législateur les a, par une déclaration expresse, déclarées obligatoires même pour eux.

1328. — Pour mieux nous faire comprendre à l'aide d'exemples, nous ferons remarquer que la disposition de l'article 148 du Code civil italien, qui est incontestablement prohibitive et d'après laquelle, « *le mariage ne se dissout que par la mort d'un des époux* », concernant les rapports de famille, n'est obligatoire que pour les citoyens italiens, puisque c'est uniquement à l'égard de ceux-ci que la souveraineté italienne peut exercer une compétence législative absolue et prépondérante.

Supposons qu'un Italien se soit marié en Amérique, dans un pays où la loi sur le divorce est considérée comme une loi de police destinée à protéger le droit du conjoint offensé

contre la femme adultère. Si cette loi avait été appliquée au profit de cet Italien comme une disposition pénale et si le divorce avait été prononcé contre son épouse, on ne pourrait pas contester la compétence législative de la souveraineté étrangère pour édicter une loi de police et pour en faire l'application aux étrangers résidant sur son territoire. Cependant, si l'Italien voulait invoquer cette loi en Italie pour faire reconnaître la modification apportée à sa condition civile par le divorce prononcé à l'étranger, il ne pourrait pas le faire utilement, parce que la compétence législative prépondérante à l'égard des rapports de famille doit être attribuée au souverain national[1].

Par contre si un Français, invoquant la loi du 27 juillet 1884 qui a rétabli le divorce dans son pays, intentait contre sa femme une demande de divorce pour cause d'adultère basée sur l'article 229 du Code civil français, son droit ne pourrait être contesté en invoquant la disposition prohibitive de l'article 148 du Code italien.

Le Français n'y dérogerait pas, parce que cette disposition ne concerne pas la famille française, et qu'étant donnée la concurrence des deux lois italienne et française, le citoyen français peut exiger qu'on reconnaisse la prépondérance de la loi de son pays. En effet la compétence législative qui doit prévaloir en matière de rapports de famille appartient au souverain de l'Etat dont le mari est citoyen.

Pour les mêmes raisons, la disposition de l'article 807 du Code civil italien qui dispose que, « si le testateur ne « laisse ni enfants, ni descendants, mais des ascendants, il « ne peut disposer que des deux tiers de ses biens, » ne concerne que la succession italienne et n'est pas applicable à la succession d'un Français. Celui-ci en effet peut disposer conformément à l'article 915 du Code civil français. Le motif en est, non pas que l'article 807 n'est pas d'ordre public inter-

[1] Nous répétons ce que nous avons dit plus haut que, nous départissant d'une méthode rigoureuse, nous étudions la question en général pour pouvoir la discuter à fond.

national, mais d'ordre public interne, mais que la compétence législative qui doit prévaloir à l'égard succession (laquelle a pour principal fondement les relations personnelles), doit être attribuée au souverain de l'Etat dont le défunt était citoyen.

Il en est de même de la disposition suivante de l'article 761 du Code civil italien : « Il ne peut être fait un « testament par deux ou plusieurs personnes dans le même « acte, ni au profit d'un tiers, ni par disposition réciproque ».

Supposons que deux Italiens aient fait conjointement un testament en pays étranger, où aux termes du principe *locus regit actum* cet acte serait considéré comme valable.

L'article 761 ferait obstacle à la validité d'un tel acte en Italie, parce que cet article qui concerne la capacité des personnes et la validité intrinsèque des dispositions testamentaires, doit exercer une autorité sur les citoyens italiens, qui doivent être réputés soumis d'une manière absolue au pouvoir législatif de leur souverain.

Supposons au contraire qu'il s'agisse de deux Brésiliens, qui d'après leur loi nationale peuvent tester dans le même acte et qui voudraient le faire en Italie. On ne pourrait incontestablement pas leur opposer l'article 761, bien qu'il soit probibitif, pas plus pour les empêcher de faire leur testament par le même acte que pour en contester la validité, et cela toujours par le motif que l'article 761 ne concerne pas les Brésiliens, qui doivent être réputés soumis à la loi de leur pays. En cas de concurrence des deux lois, la loi italienne qui interdit le testament conjonctif et la loi brésilienne qui le permet, la loi brésilienne doit prévaloir, parce que la compétence législative relative au rapport juridique dont s'agit appartient de préférence au souverain du Brésil.

Sans vouloir multiplier les exemples, nous pouvons conclure que l'article 954 du Code civil italien, qui interdit expressément de renoncer à la succession d'une personne vivante ou d'aliéner les droits qu'on pourrait avoir sur une succession future, n'exerce son autorité absolue et impérative qu'à l'égard des Italiens et de la succession italienne, mais

ne fait pas obstacle à l'efficacité de semblables conventions en ce qui concerne les étrangers dont la loi personnelle les autorise. C'est qu'en effet, comme nous l'avons déjà dit, la compétence législative en matière de succession, d'après les vrais principes, doit être attribuée au souverain de l'Etat dont le défunt était citoyen.

Cela est incontestable d'après le système admis par le législateur italien, qui a expressément disposé en ce sens.

Par conséquent les raisons d'ordre public qui ont motivé la disposition législative ne peuvent justifier dans aucun cas l'empire absolu de cette disposition. Il est inutile de rechercher s'il s'agit d'ordre public interne ou d'ordre public international, toutes les fois que les dispositions concernent les personnes, elles ne peuvent avoir d'autorité qu'à l'égard des individus soumis à l'autorité du législateur. Nous ferons à ce sujet remarquer qu'on considère généralement comme une disposition d'ordre public international celle qui interdit la polygamie. Cependant même en France les indigènes des colonies françaises, à l'égard desquels le législateur a maintenu l'autorité de leurs lois spéciales, peuvent invoquer ces lois et en requérir l'application en France. Par conséquent, les musulmans algériens peuvent invoquer les dispositions qui concernent la polygamie et la répudiation, et il ne résulte de là aucune dérogation à la loi d'ordre public international, pour le simple motif que le législateur français, par le sénatusconsulte du 14 juillet 1865, tout en reconnaissant que les musulmans d'Algérie sont Français, a disposé que cependant ils peuvent être régis par la loi musulmane.

1329. — La compétence législative, en ce qui concerne le territoire et les biens qui le constituent, doit incontestablement être attribuée à la souveraineté territoriale avec une autorité prépondérante sur les souverainetés étrangères.

De là il résulte que lorsque, par exemple, il s'agit de déterminer la condition juridique des choses d'après la loi, les droits compris dans celui de domaine, les modes d'ac-

quisition et de transmission de ces droits, ce qui concerne la possession et les actions pour assurer la propriété et la possession, les servitudes légales qui dérivent de la situation des lieux et en général les droits réels qui concernent les biens indépendamment des personnes auxquelles ils appartiennent[1], les dispositions édictées par la souveraineté territoriale en ces matières doivent exercer un empire prépondérant sur le territoire où les choses sont situées. Cette prépondérance ne peut pas plus être contestée, que le domaine éminent de la souveraineté sur tout le territoire de l'Etat et sur les immeubles, dont l'ensemble continu constitue ce même territoire.

Il est dès lors évident qu'on ne saurait contester l'autorité absolue sur le territoire de chaque Etat des dispositions relatives aux biens indépendamment des personnes à qui ils appartiennent. Par conséquent on ne saurait jamais invoquer l'application d'une loi étrangère, pour déroger à ces dispositions.

A l'égard de toutes les lois qui ont pour objet la protection des droits et des intérêts de la collectivité, il est incontestable que la compétence législative doit être attribuée au souverain de l'Etat constitué par la collectivité, et que ces lois doivent avoir une autorité prépondérante. On ne pourrait par conséquent pas se prévaloir d'une disposition légale étrangère pour y déroger.

Tout le monde en effet doit être d'accord pour admettre, que les dispositions, qui ont pour but de conserver l'orga-

[1] Nous entendons par droits réels ceux qui doivent être considérés comme tels, d'après la définition qu'en a donnée le législateur autrichien dans l'article 307 de son Code civil, qui est ainsi conçu : « Les droits qui « appartiennent à une personne sur la chose, non eu égard à certaines « personnes, s'appellent droits réels. Les droits sur une chose naissant à « l'encontre de certaines personnes seulement directement d'une loi ou « d'un acte obligatoire sont qualifiés droits personnels sur les choses. »

Compar. Winiwarter. *Il diritto civile universale austriaco sistematicamente esposto ed illustrato, IIe partie, p.* 30 ; Windscheid, *Droit des Pandectes,* traduction italienne de Carlo Fadda et de Paolo Bensa, § 38-43 et notes sous ces n^os.

nisme et la constitution politique de l'Etat, forment le droit public et le droit politique de chaque pays, et que celles, qui ont pour objet de sauvegarder les droits et les intérêts sociaux, constituent les mesures de protection juridique des droits de la collectivité. Tout le monde doit également admettre, que la compétence législative à l'égard de ces deux catégories de dispositions doit être attribuée de préférence au souverain de l'Etat, auquel la collectivité a attribué le pouvoir suprême consistant à conserver et à défendre la vie de l'Etat et à pourvoir à la protection juridique des intérêts de tous les individus dont l'association constitue l'Etat. Il est dès lors évident qu'on ne saurait déroger aux dispositions rentrant dans l'une et l'autre de ces catégories, car cela équivaudrait à un attentat contre la vie politique et l'organisation constitutionnelle de l'Etat et du droit social. Par conséquent, même étant donné que, d'après les principes généraux, la loi étrangère puisse régir un rapport juridique, on ne pourrait jamais s'en prévaloir dans un pays pour déroger à une disposition de droit public interne ou de droit social, parce que le droit public interne et le droit social doivent exercer une autorité absolue et prépondérante dans chaque pays.

Nous ferons remarquer qu'à notre sens l'expression *Lois de Droit Social* ne peut pas être considérée comme vague et indéterminée. Nous pensons qu'elle doit comprendre toutes les dispositions législatives qui protègent les droits des tiers. Donc toutes les fois qu'il est question du droit des tiers, la disposition doit être considérée comme de droit social, étant donné que, par tiers, on ne doit pas entendre tel ou tel, mais la collectivité. Tous ceux qui en font partie représentent des *tiers*. Par conséquent, dans toutes les dispositions législatives, ce qui est édicté à l'égard des tiers a pour but la protection du droit social.

1330. — Pour résumer toute notre discussion, disons que, pour déterminer quelles sont les lois d'un caractère si absolument obligatoire et coercitif que le magistrat ne peut

pas comme le dit Bluntchli [1], s'exempter de les appliquer, ou celles, conçues sous la forme impérative ou sous la forme prohibitive, auxquelles on doit attribuer la nature et le caractère de la *lex cogens*, comme le dit Oppenheim [2], il faut se baser sur l'idée de la compétence législative. Toutes les fois que deux lois se trouvent en concurrence pour régir un rapport juridique donné, on doit donner la préférence à celle qui doit prévaloir d'après les principes de la compétence législative.

Nous admettons donc que dans tout Etat on doit attribuer une autorité absolue et prépondérante :

(*a*) A l'égard des citoyens, à toutes les lois qui constituent leur statut personnel et qui, limitant leur liberté de se soumettre à des lois étrangères, doivent empêcher tout effet, qui pourrait résulter sur le territoire de l'Etat de la soumission illicite du citoyen à la loi étrangère ou de l'application, qui a été faite aux citoyens de la loi étrangère qui déroge à leur statut personnel ;

(*b*) A l'égard des étrangers, aux lois prohibitives qui limitent expressément l'autorité de leur statut personnel [3] ;

(*c*) Aux lois édictées par la souveraineté territoriale qui concernent les choses qui existent effectivement sur le territoire de l'Etat, indépendamment des personnes auxquelles ces choses appartiennent ;

(*d*) A celles qui constituent le Droit public de chaque pays ou qui ont le caractère de Droit social.

L'autorité absolue et prépondérante de ces lois s'imposant dans chaque pays, il en résulte qu'on ne saurait invoquer l'application d'une loi étrangère pour y déroger, soit qu'il s'agisse d'appliquer la loi au rapport juridique en litige, soit

[1] Deutsches Privatrecht, § 12, n° VII.

[2] *System des Völkerrechts*, ch. XIV, § 3 i. p. ; ch. XV, § 9 i. p.

[3] Telle est par exemple la disposition de l'article 102 du Code civil italien qui, après avoir posé en principe que la capacité de l'étranger pour contracter mariage est déterminée par la législation de son pays, dit qu'il est néanmoins soumis aux empêchements indiqués dans la section 2e du chapitre 1er du titre du mariage.

qu'il s'agisse d'admettre les conséquences juridiques ou les effets juridiques résultant de l'application de la loi en pays étranger.

Si par conséquent nous devions formuler une règle destinée à limiter l'autorité des lois étrangères, nous serions tenté de le faire de la façon suivante :

On ne peut pas reconnaître l'autorité d'une loi étrangère chaque fois que, soit de l'application qu'on voudrait en faire sur le territoire de l'Etat, soit des effets juridiques qu'on voudrait lui faire produire sur ce même territoire, il résulterait une dérogation aux lois impératives ou prohibitives qui concernent les personnes, à celles qui concernent les choses indépendamment des personnes à qui ces choses appartiennent, et à celles qui constituent le Droit public de l'Etat ou le Droit social.

Par le mot *Droit social*, nous entendons désigner toutes les lois qui déclarent et protègent les droits des tiers et celles qui ont pour objet direct la sauvegarde des intérêts de la collectivité et des choses d'utilité publique. On ne saurait incontestablement pas soutenir, qu'il doive être difficile de dire quand une disposition législative a pour objet direct l'intérêt de la collectivité, c'est-à-dire l'intérêt général, économique, politique ou moral. *Sunt enim*, comme le disait Ulpien, *quædam publice utilia, quædam privatim*[1]. Il appartient à la magistrature, qui doit incontestablement connaître l'esprit de sa propre législation, de décider si une disposition législative donnée sauvegarde les intérêts des particuliers ou l'intérêt public, c'est-à-dire si la loi a pour but direct de régler *quod ad singulorum utilitatem pertinet*, ou de protéger l'intérêt de la collectivité, *quod ad statum rei publicæ spectat*. Toutes les lois qui ont le caractère de lois de police doivent être comprises parmi celles de la seconde catégorie : il doit en être de même de celles qui ont pour objet la protection des bonnes mœurs et de la morale sociale[2].

[1] L. I. § 2. Dig., *De justitia et jure*.

[2] Compar. ce que nous avions déjà écrit à ce sujet dans la première

Par conséquent, le problème, tel qu'il a été posé par Savigny[1], de savoir quand les règles, qui peuvent être établies en vertu de la communauté du Droit entre les différents Etats, doivent être limitées et quand le juge doit, nonobstant ces règles qui en justifient l'application, écarter la loi étrangère pour appliquer exclusivement la loi de son pays, se trouve formulé de la façon suivante : quand l'application de la loi étrangère ou la reconnaissance des conséquences juridiques de cette loi appliquée à l'étranger entraîne une dérogation à la loi qui doit avoir une autorité prépondérante.

C'est ainsi seulement à notre sens qu'on pourra éviter toutes les divergences notables, qui se sont produites au sujet de l'idée de la *lex cogens*, et qu'on pourra arriver à établir le principe de la limitation sur la même base, que celle sur laquelle doit reposer le principe de l'autorité des lois des Etats différents, base qui est celle de la compétence législative. En cas de concours de lois d'Etats différents, auxquels d'après les règles générales, peut appartenir la compétence législative, on doit accorder la préférence à la loi émanant du souverain dont la compétence doit prévaloir.

1331. — Examinant l'article 12 des dispositions générales du Code civil Italien, qui formule la règle limitative de l'autorité de la loi étrangère, nous ferons remarquer que, si les expressions employées par notre législateur ne sont ni assez précises, ni assez nettement déterminées pour exclure toute incertitude, néanmoins cette disposition exprime une idée juste.

Il faut noter tout d'abord, que le législateur italien ne dit pas que la loi étrangère ne peut pas être appliquée en Italie quand elle est contraire à une loi italienne d'ordre public. Certains jurisconsultes italiens ont entendu cet article en ce

édition de cet ouvrage, au n° 8 des Préliminaires (Florence, succ. Le Monnier, éditeur, 1869), traduit par Pradier-Fodéré (Paris, Pedone, édit., 1875).

[1] *Système du droit Romain*, t. VIII, § 349.

sens qu'il comporterait la défense générale d'appliquer les lois étrangères quand elles sont contraires à l'ordre public [1]. Nous avons toutefois démontré comment, en comprenant ainsi l'exception formulée par cet article, on en étendrait la portée.

Il peut se faire que la loi étrangère dont on demande l'application ne soit pas conforme à une loi italienne d'ordre public. Cependant si la loi italienne d'ordre public ne concerne pas les étrangers, mais uniquement les Italiens, on ne pourrait pas limiter l'application de la loi étrangère, bien qu'elle ne soit pas conforme à cette disposition d'ordre public. C'est qu'en effet, bien que d'ordre public, la loi italienne en question n'étant pas applicable aux étrangers, on ne peut pas soutenir que l'application de leur loi nationale à ces étrangers constitue une dérogation à une de nos lois qui ne les concerne en aucune façon.

Le législateur italien ne considère pas non plus comme un motif de limitation de l'autorité de la loi étrangère, le fait qu'elle va à l'encontre du but d'une loi italienne. C'est qu'en effet le législateur italien n'a pas, comme le législateur allemand, admis une telle restriction, laquelle est ainsi formulée dans l'article 30 de la loi allemande introductive du Code civil : « L'application d'une loi étrangère est exclue, « quand cette application serait contraire aux bonnes mœurs « et au but d'une loi allemande ».

Par une telle limitation, on étend la portée de l'exception. Le motif de la loi peut en expliquer l'autorité. Comme les lois faites pour un peuple doivent être celles qui doivent mieux lui convenir et que le but de la loi est déterminé par les exigences historiques et sociales, qui peuvent différer suivant les différents peuples, il n'y a aucune raison plausible pour s'opposer à ce qu'une loi faite pour un peuple donné exerce son autorité sur des personnes soumises à l'empire de cette

[1] Voir Fusinato, Note sous la sentence de la Cour d'appel de Milan, du 13 octobre 1891, dans la *Giurisprudenza italiana*, 1898, 2e sect., p. 154. Compar. *supra*, Partie générale, t. I, n° 253.

loi, même lorsqu'elle en demandent l'application dans un pays où se trouve en vigueur une loi qui règle d'une façon différente les intérêts privés des citoyens de ce pays.[1]

Le législateur italien s'exprime précisément de la façon suivante dans l'article 12 : « Nonobstant les dispositions des « articles précédents, dans aucun cas les lois, les actes et les « sentences d'un pays étranger ne pourront déroger aux lois « prohibitives du royaume qui concernent les personnes, les « biens et les actes ».

1332. — Nous nous attacherons d'abord d'une façon toute spéciale au mot *déroger* et nous ferons observer que cette

[1] Le législateur italien, par exemple, interdit la recherche de la paternité pour assurer la bonne organisation de la famille et sauvegarder les droits des enfants légitimes en concurrence avec les enfants naturels. Toutefois le fait que cette loi est en vigueur en Italie ne peut pas faire obstacle à ce que l'enfant naturel d'un Autrichien, qui d'après sa loi nationale peut faire la preuve de la paternité à l'encontre de son père autrichien, demande en Italie l'application de sa loi personnelle.

Nous pourrions dire la même chose de la légitimation qui, aux termes de l'article 194 du Code civil italien s'opère par suite du mariage subséquent contracté par les parents de l'enfant naturel par eux reconnu. On peut considérer cette disposition comme édictée dans un but de haute moralité. Cependant elle ne pourrait pas avoir pour effet d'exclure l'application de la loi anglaise à une famille anglaise, pour repousser la prétention de l'enfant naturel qui voudrait revendiquer la condition d'enfant légitimé à la suite du mariage contracté en Italie par ses parents. L'action pourrait être repoussée en invoquant la loi anglaise, qui n'admet pas la légitimation par mariage subséquent. Les tribunaux français ont, dans de semblables circonstances, refusé d'appliquer la loi anglaise (Cass. 23 novembre 1857, *Journ. du Palais* 1858, 106; — Bourges 26 mai 1858, *id.* 1200; — Rouen 5 janvier 1887, *Journ. du Palais* 1888, p. 447), par la raison que la loi française qui admet la légitimation par mariage subséquent doit être considérée comme motivée par des raisons d'ordre public. Ils ont négligé de constater, que la légitimation dépend du statut personnel, et que dans le cas en question elle ne pouvait pas être admise à l'égard d'un Anglais par le motif qu'elle n'est pas reconnue par la loi anglaise.

D'après la disposition édictée par le législateur allemand, on pourrait aussi soutenir qu'on ne devrait pas admettre l'application de la loi anglaise pour exclure la légitimation par mariage subséquent, parce qu'elle est contraire au but de la loi territoriale, mais une telle solution ne serait pas justifiable d'après notre manière de voir.

expression dans son sens juridique précis veut dire ôter son autorité à la loi, ou faire une chose en tout ou en partie contraire à ce que la loi établit. On déroge à la loi en vigueur par une autre loi, à laquelle on attribue une autorité effective, toutes les fois que cette dernière loi prescrit en tout ou partie quelque chose de contraire à ce que l'autre loi ordonne. On déroge à un contrat toutes les fois qu'on fait quelque chose qui va à l'encontre de l'engagement obligatoire en vertu du contrat. Il est par conséquent évident qu'on ne saurait déroger à une loi, que lorsqu'elle a une autorité impérative.

Or si l'exception consacrée par l'article 12 se base expressément sur la circonstance que l'application de la loi étrangère peut entraîner une dérogation aux lois prohibitives du royaume qui concernent les personnes, il nous paraît évident que cela ne peut avoir lieu qu'à l'égard des seules lois du royaume qui, en vertu des principes consacrés par le législateur, doivent étendre leur autorité sur les personnes, les biens et les actes.

Il est à noter que le législateur italien, s'inspirant des véritables principes de la compétence législative, dispose à l'article 6, que l'état et la capacité des personnes et les rapports de famille sont régis par la loi de la nation à laquelle les personnes appartiennent. Par là il dispose, non seulement, comme l'a fait le législateur français par l'article 3 de son Code civil, que les lois italiennes qui concernent l'état et la capacité des citoyens et leurs rapports de famille doivent exercer leur autorité impérative à l'égard des Italiens, même quand ils se trouvent en pays étranger, mais il reconnaît que les lois étrangères qui constituent le statut personnel doivent exercer leur autorité en Italie à l'égard des étrangers soumis à leur empire.

1333. — Dans les dispositions édictées par le législateur italien à l'égard du statut de la capacité et des rapports de famille, il y en a plusieurs qui ont le caractère de dispositions prohibitives. Telles sont, par exemple celles contenuès dans

les articles 55, 63, 134, 164, 165, 180, 189, 229, 265 et 268. On ne saurait du reste pas soutenir que, par le seul motif qu'elles sont prohibitives, on ne saurait admettre l'autorité de la loi étrangère qui dispose autrement. L'exception ne se rapporte pas à toutes les dispositions prohibitives, mais à celles seulement qui résultent des lois qui concernent les personnes. Or, comme toutes les dispositions prohibitives contenues dans le Code civil italien ne concernent pas les étrangers, il nous paraît clair, qu'en admettant l'application de la loi étrangère distincte de la loi italienne prohibitive, on ne se trouve pas en présence de l'obstacle résultant de l'exception consacrée par l'article 12.

C'est qu'en effet il ne saurait résulter de cette application une dérogation à la loi prohibitive italienne, par la simple raison que toutes les lois prohibitives du royaume ne concernent pas les étrangers. La dérogation à une loi prohibitive italienne pourra avoir lieu, toutes les fois, qu'en vertu de la disposition de l'article 6, on voudra attribuer à la loi étrangère une autorité prépondérante à l'encontre d'une loi prohibitive italienne qui concerne les étrangers.

Le législateur, en vertu de sa compétence territoriale, a pu en effet établir l'autorité impérative de certaines lois prohibitives même à l'égard des étrangers. Ces lois italiennes concernent les personnes, bien qu'étrangères, et c'est à ces dispositions qu'on ne peut déroger en se prévalant des articles 6 et suivants.

Ainsi par exemple, à l'article 102 le législateur dispose de façon suivante : « La capacité de l'étranger pour contracter « mariage est déterminée par la loi du pays auquel il appar- « tient.

« Toutefois même l'étranger est soumis aux empêchements « établis dans la section 2e du chapitre 1er de ce titre ».[1]

Par cette disposition expresse, le législateur italien a attri-

[1] La section 2e à laquelle se réfère cet article, contient toutes les dispositions relatives aux conditions nécessaires pour contracter mariage.

bué une autorité impérative même à l'égard des étrangers aux articles prohibitifs de notre Code qui s'opposent d'une façon absolue au mariage, c'est-à-dire à ceux qui s'occupent des empêchements substantiels. Tels sont les articles 58, 59, 60, 61 et 62. Tout le monde comprend qu'on ne dérogerait pas à la loi prohibitive du royaume qui concerne les personnes, dans le cas où l'enfant d'un étranger qui n'aurait pas 25 ans accomplis contracterait mariage sans le consentement de son père et de sa mère, quand ce consentement ne serait pas exigé par sa loi nationale. On n'y dérogerait pas, par le simple motif que la disposition prohibitive édictée par l'article 63 ne concerne pas les étrangers. Mais il y aurait dérogation à l'article 62, par le fait qu'un étranger, qui aurait été convaincu comme auteur ou comme complice d'un homicide volontaire commis, manqué ou tenté sur la personne d'un des conjoints, voudrait se marier en Italie à l'autre conjoint, et vainement on prétendrait que cet empêchement ne se trouve pas consacré par la loi nationale du futur époux. En effet cette disposition de l'article 62 est déclarée impérative même à l'égard de l'étranger, en vertu de la disposition expresse du législateur italien dans l'article 102 précité.

C'est aussi une disposition prohibitive que celle de l'article 1054 du Code civil, qui interdit aux époux de se faire aucune libéralité durant le mariage, et on ne peut contester qu'elle soit inspirée par des raisons d'ordre public. Néanmoins ce serait quelque chose qui équivaudrait à étendre le contenu substantiel de l'exception limitative prévue par l'article 12, que de contester à des époux étrangers le droit d'invoquer en Italie leur loi nationale régulatrice de leurs rapports de famille qui leur permet de se faire réciproquement des libéralités durant le mariage, pour faire valider un acte de donation fait par l'un au profit de l'autre. L'article 12 ne ferait aucun obstacle à l'application de la loi étrangère; car il prévoit la dérogation à une loi prohibitive de royaume concernant les rapports de famille. Or, pour nous, il est clair que, la disposition prohibitive de l'article 1054 concernant la

famille italienne et non la famille étrangère, l'étranger qui invoquerait l'application de sa loi nationale ne dérogerait pas à cet article. De même, deux époux français, qui auraient stipulé le régime de la communauté de biens et qui voudraient se prévaloir des dispositions des articles 1399 et suivants du Code civil français pour maintenir leur communauté même en ce qui concernerait les biens acquis en Italie, ne pourraient pas se voir opposer la disposition prohibitive édictée par l'article 1433 du Code civil italien. La raison en est toujours la même, que notre législateur a eu en vue la dérogation à une loi prohibitive du royaume concernant les personnes, et qu'il nous paraît évident qu'en tenant compte de ce qu'il a prescrit à l'article 6 des dispositions générales, l'article 1433 ne concerne pas la famille étrangère. Dès lors, en admettant l'autorité de la loi française différente de la nôtre, on ne déroge pas à la loi prohibitive italienne, qui ne réglemente pas le régime des biens de la famille française.

1334. — Nous ne nous étendrons pas plus sur cette question en donnant d'autres exemples : nous allons aborder notre sujet. Ayant traité d'une façon approfondie la question de principe, nous arriverons d'une façon certaine à démontrer qu'on ne doit pas considérer comme obligatoires pour les étrangers, toutes les dispositions prohibitives qui se trouvent dans le Code civil italien au titre des successions et qui ont trait à l'ordre de succéder, à la mesure des droits successifs et à la validité intrinsèque des dispositions testamentaires. C'est qu'en effet le législateur italien, ayant reconnu en principe à l'égard des successions l'autorité de la loi nationale du défunt (art. 8), a par là-même exclu l'application des règles par lui formulées en ce qui concerne la succession des Italiens. Toutefois on doit considérer comme obligatoires même pour les étrangers les dispositions qui concernent les biens.

Par conséquent on ne saurait regarder comme un obstacle à l'application d'une loi étrangère différente la disposition

prohibitive de l'article 770[1], pas plus que celle de l'article 829[2]. Mais on devrait appliquer la règle limitative formulée dans l'article 12, lorsqu'on voudrait se prévaloir d'une loi étrangère pour écarter la disposition de l'article 833, qui interdit la fondation de chapellenies laïques pour maintenir l'autorité de la loi qui a aboli la mainmorte. Ce texte prohibitif ne concerne nullement les rapports de famille, les relations personnelles, ni les droits de succession fondés sur ces rapports et ces relations, mais concerne les biens, qui ne sauraient être immobilisés à l'aide de fondations qui auraient pour résultat la reconstitution de la mainmorte en Italie. Comme cet article étend son autorité impérative sur tous les immeubles existant sur le territoire italien, il est clair qu'on dérogerait à la prescription impérative de notre législation, si on invoquait l'application d'une loi étrangère pour rétablir chez nous la mainmorte. Il doit en être de même de toute autre disposition prohibitive concernant les biens, telle par exemple celles de l'article 1562, qui interdit la *subemphytéose*, de l'article 1571, qui prohibe les locations d'immeubles pour une durée de plus de 30 ans, de l'article 1965, qui ôte tout effet à l'hypothèque qui n'a pas été rendue publique, ni mise sur des biens spécialement indiqués. Ce sont là des dispositions prohibitives que le législateur entend imposer d'une façon absolue, en défendant toute dérogation qu'on voudrait y faire en vertu d'une loi étrangère.

1335. — Tout bien considéré, nous sommes convaincu que la première partie de l'article 12 entendue dans son sens précis, telle qu'elle est conçue, exprime une idée juste et qu'elle correspond exactement au principe qui, d'après nous, devrait servir à déterminer l'autorité prépondérante de la loi

[1] L'article 770 du Code civil italien est ainsi conçu : « L'époux remarié « ne peut laisser à son nouveau conjoint une portion supérieure à celle « qu'il a laissée au moins favorisé des enfants nés du précédent mariage ».

[2] L'article 829 du Code civil italien interdit de faire la preuve du fait que les dispositions testamentaires sont apparentes.

territoriale. Le législateur italien l'a dit d'une façon remarquable : seules les lois prohibitives qui concernent les personnes doivent avoir une autorité absolue. Il a ainsi affirmé l'empire absolu à l'égard des étrangers, non pas de toutes les prohibitions, mais uniquement de celles qui concernent leurs personnes, c'est-à-dire de celles auxquelles il a déclaré ces mêmes étrangers soumis [1].

En ce qui concerne les droits patrimoniaux, le législateur n'a pas attribué une autorité absolue à toutes les lois prohibitives qui se rapportent aux droits des personnes sur les biens, mais seulement à celles qui concernent les biens, c'est-à-dire à celles qui ont trait aux choses indépendamment des personnes auxquelles elles appartiennent. Nous dirons à ce sujet que le législateur italien, ayant prescrit par l'article 7 que les biens immobiliers seraient soumis aux lois du lieu où ils sont situés, et par là-même indiqué que l'empire absolu qu'il a attribué à ses lois prohibitives concernant les biens ne peut s'appliquer qu'aux biens qui sont situés sur le territoire de l'Etat, et non à ceux qui, se trouvant en dehors de nos frontières, doivent rester soumis aux lois de l'Etat étranger sur le territoire duquel ils sont situés. Ainsi donc, en ce qui concerne ce second point, la règle limitative résultant de l'article 12 combiné avec l'article 7 est conforme aux véritables principes.

1336. — La partie peu nettement déterminée de l'exception posée dans l'article 12 est celle qui résulte de la fin de cet article, qui dispose que les lois étrangères ne pourront pas déroger aux lois concernant d'une manière quelconque l'ordre public et les bonnes mœurs. Ces expressions vagues laissent ouvert le champ à l'interprétation, pour étendre arbitrairement la portée de l'exception. On

[1] Il est incontestable que toutes les lois prohibitives, qui peuvent avoir le caractère des lois de police, doivent être réputées impératives même à l'égard des étrangers, qu'elles doivent régir d'une façon absolue de telle sorte qu'ils n'y puissent jamais déroger.

peut en effet imaginer que, si le législateur méconnait l'autorité des lois étrangères qui dérogent aux lois concernant d'une façon quelconque l'ordre public, il doit suffire pour qu'on puisse refuser toute autorité à une loi étrangère qu'il résulte de son application quelque chose de contraire à une loi italienne qui a trait d'une façon quelconque à l'ordre public.

Le danger de l'extension de l'exception est d'autant plus grand, que l'idée de l'ordre public est plus vague. Les jurisconsultes contemporains les plus autorisés ont cru néanmoins devoir, dans le domaine de la doctrine, prendre cette idée pour base de la limitation des lois étrangères. D'après eux, l'ordre public doit être protégé dans tous les Etats, de façon à exclure toute atteinte qui pourrait y être apportée par suite de l'application d'une loi étrangère. Ils ont donc été naturellement amenés à essayer de le définir ; mais ls se sont alors trouvés en présence d'une difficulté si sérieuse, que certains d'entre eux l'ont considérée comme insoluble.

Ainsi que nous l'avons dit, le législateur italien a employé une expression non nettement déterminée. Il peut se faire qu'il l'ait fait dans le but de sauvegarder les institutions et les intérêts de la société et de confier à la magistrature la tâche difficile de maintenir et de conserver *quod ad statum reipublicæ spectat*, en déclarant absolu l'empire des lois d'ordre public.

Il convient toutefois d'entendre cette expression d'après son sens le plus exact.

En général, on peut dire que toutes les lois qui concernent les personnes, les biens et les actes, concernent jusqu'à un certain point l'ordre public. Elles ont en effet, en définitif, pour but la réalisation de la meilleure organisation sociale. Le législateur détermine et règle la condition des personnes, leurs rapports dans la famille et règle la situation des unes à l'égard des autres, ainsi que leurs droits réciproques et assure le respect du patrimoine. Il fixe en outre les conditions de

capacité et les mesures de protection légale des incapables et règle tous les rapports, toutes les relations, tous les intérêts des particuliers, dans le but de réaliser ainsi la meilleure organisation sociale. Par conséquent toutes les dispositions qui concernent directement ces rapports et ces intérêts privés sont indirectement des dispositions d'ordre public, car elles ont trait d'une certaine façon à l'ordre public. Toutefois il ne nous semble pas que ce soit de ces lois que le législateur ait voulu maintenir l'autorité absolue et impérative *erga omnes*. Il a voulu au contraire que les droits privés dépendissent de la loi qui, d'après la nature des choses, doit les régir; mais il a voulu en même temps sauvegarder les intérêts publics et les intérêts sociaux. Il a par conséquent disposé qu'on ne pourrait pas déroger aux lois d'ordre public, c'est-à-dire à celles qui ont pour but, non de sauvegarder directement les intérêts privés, mais de protéger directement les droits de la Société, la vie de l'Etat, les intérêts collectifs, économiques et moraux.

A notre sens l'expression, bien qu'indéterminée, doit être considérée comme s'inspirant de l'idée qui existait dans la tradition romaine. Ulpien, voulant fixer le Droit, s'exprime ainsi : *Hujus studii duæ sunt positiones, publicum et privatum Publicum jus est quod statum rei romanæ spectat. Privatum. quod ad singulorum utilitatem : sunt enim quædam publice utilia, quædam privatim.*[1]

Le législateur italien, après avoir admis en principe que le droit privé peut être régi par la loi, à laquelle doivent être soumis tous les rapports d'intérêt privé et d'utilité privée, et que ces rapports seraient régis en Italie par la loi étrangère, a ensuite posé une règle limitative. Il a disposé qu'on ne pourrait, par application des lois étrangères, déroger aux lois d'ordre public. Or, à notre sens, il a voulu par là indiquer les lois qui *statum rei italicæ spectant*, c'est-à-dire celles édictées pour protéger la vie de l'Etat et l'intérêt public. Celles-ci en effet,

[1] L. I. § 2, Dige, *De justitia et jure*, I. 1.

étant donné l'ensemble de la doctrine admise par ce législateur, peuvent être considérées comme d'ordre public.

Il nous semble dès lors, qu'étant donné l'esprit de notre législation, l'expression devrait être entendue dans le sens que nous indiquons, et qu'ainsi on peut donner à l'exception une juste portée, en ne permettant pas, en vertu de l'autorité accordée à la loi étrangère, de déroger aux lois du royaume qui ont pour but de sauvegarder l'organisation politique de l'Etat et de protéger le droit social. Cette conception se fait peu à peu jour, et il semble que la jurisprudence la plus récente consacre l'interprétation que nous avions donnée de l'article 12.[1]

Tout bien considéré, nous avons acquis la conviction que, si on donnait à l'expression *lois concernant l'ordre public* le sens le plus conforme à l'idée fondamentale qui sert de base à tout l'ensemble de règles de Droit international privé admis par le législateur italien, la règle formulée dans l'article 12 pour fixer le principe de la limitation de l'application des lois étrangères devrait être réputée préférable à celles admises en cette matière dans les pays étrangers[2].

[1] Compar. la note sous la sentence de la Cour d'appel de Milan du 13 octobre 1891 dans l'affaire Boidi C. Rossi dans le *Foro italiano*, 1892, n° 3, p. 659; et la sentence de la Cour de cassation de Florence du 12 décembre 1895 dans l'affaire Lanza dei Casalanza (*Foro italiano*, 1896, I. 142), dans laquelle se trouve expressément admise la règle, que la dérogation à nos lois peut se réaliser quand se trouve méconnue l'autorité d'une disposition législative qui a pour but direct de régler l'organisation politique, économique et morale de l'Etat, et que les lois prohibitives concernant l'ordre public et les bonnes mœurs ne peuvent comprendre que les lois qui ont pour objet direct la protection de l'organisation de l'Etat.

[2] La loi introductive du Code civil allemand dispose de la façon suivante, à l'article 30 : « L'application d'une loi étrangère est exclue, si elle est « contraire aux bonnes mœurs ou contraire à l'objet d'une loi allemande ».

Le Code espagnol contient la disposition suivante : « Art. 11 — Les lois « prohibitives qui concernent les personnes, leurs actes et leurs biens et « celles qui ont pour objet l'ordre public et les bonnes mœurs ne perdront « leur effet, ni par suite d'une loi, ni de sentences prononcées, ni de dispositions ou conventions conclues en pays étranger ».

La commission belge pour la révision du Code civil a rédigé l'article proposé de la façon suivante : « Nonobstant les articles qui précèdent, il

« ne peut être pris égard aux lois étrangères, dans le cas où leur application aurait pour résultat de porter atteinte aux lois du royaume qui « consacrent ou garantissent un intérêt social ».

Laurent, dans son avant-projet du Code civil belge, avait proposé la formule suivante : « Malgré les dispositions des articles précédents, les « lois, les actes, les jugements passés en pays étranger, pas plus que les « dispositions et les conventions particulières, ne peuvent, en aucun cas, « déroger aux lois prohibitives du royaume concernant les personnes, les « biens ou les contrats, ni aux lois qui intéressent en quelque manière « l'ordre public ou les bonnes mœurs ».

L'Institut du Droit international, dans sa session d'Oxford, a proposé la règle relative à la limitation de la façon suivante : « En aucun cas, les « lois d'un Etat ne pourront obtenir reconnaissance et effet dans le territoire d'un autre Etat, si elles y sont en opposition avec le Droit public « ou avec l'ordre public de ce même territoire ».

CHAPITRE III.

DU CONFLIT ENTRE LES RÈGLES ÉTABLIES PAR LES LÉGISLATEURS DE DIFFÉRENTS ÉTATS AU SUJET DE LA LOI RÉGULATRICE DE LA SUCCESSION.

(Question du renvoi).

1337. Défaut d'uniformité des règles de Droit international privé formulées par les législateurs des différents Etats. — 1338. Leur force obligatoire pour le juge de l'Etat. — 1339. Conflit qui résulte de la concurrence de règles différentes. — 1340. Détermination précise de l'objet de la controverse. — 1341. Comment les tribunaux ont jugé la question. — 1342. Principes consacrés dans les Codes de Zurich, de Zug, des Grisons et de l'Empire d'Allemagne. — 1343. La question en doctrine. — 1344. Observations sur l'objet de la discussion. — 1345. Caractère des règles de Droit international privé. — 1346. Examen critique de la théorie de Labbé. — 1347. Idée de la compétence territoriale. — 1348. Autorité des règles admises en vertu de la compétence territoriale. — 1349. Compétence législative personnelle. — 1350. Comment l'autorité de la loi personnelle peut être basée sur la qualité de citoyen de l'Etat et sur le domicile. — 1351. Comment, étant donnés les deux systèmes, se résume la question dite du renvoi. — 1352. Notre opinion. — 1353. A quoi se réduit la question si discutée du renvoi. — 1354. Les règles de Droit international privé ne sont pas d'ordre public. — 1355. Mise en lumière, à l'aide d'exemples, des inconvénients de la théorie contraire. — 1356. Comment les juristes se sont égarés : nouvelle confirmation de notre opinion. — 1357. Application des principes à la succession d'un citoyen argentin. — 1358. Règles du Droit international privé relatives aux étrangers, leur autorité à l'égard des Etats tiers. — 1359. Résumé de notre opinion.

1337. — Il résulte de l'exposé que nous avons fait dans les deux chapitres précédents que, par suite du manque d'accord sur la loi qui doit régir les successions, les souve-

rains des divers Etats, en vertu de leur autonomie et de leur indépendance législative, ont formulé certaines règles relatives aux successions, qui sont obligatoires pour les magistrats de chaque pays.

Il faut noter du reste que les règles établies pour déterminer l'autorité du Droit territorial et celle du Droit étranger à l'égard des successions ont été inspirées par diverses idées, qui ont prévalu dans chaque système législatif à l'égard du fondement du droit de succession, de l'autorité de la loi du lieu de la situation sur les biens qui constituent la succession, et des rapports entre le défunt et la loi, qui doit régir la transmission de son patrimoine à ses héritiers.

De là il est résulté en fait que les souverains de certains pays ont soumis à l'autorité de leur propre loi la succession immobilière des étrangers, en disposant que l'ordre de la succession et la mesure des droits successifs seraient déterminés d'après la *lex rei sitæ* à l'égard des immeubles héréditaires. Au contraire les souverains d'autres Etats ont disposé en principe que les successions légitimes et testamentaires devraient être régies par la loi nationale du défunt et que, sans distinguer suivant la nature des biens héréditaires, le rang des héritiers et la mesure de droits successifs devraient être déterminés d'après la loi de l'Etat dont le défunt était citoyen. D'autres souverains enfin ont prescrit que la succession devrait être régie par la loi du lieu où le défunt était domicilié au moment de l'ouverture de sa succession. Dans certains pays, cette dernière règle a été édictée pour régler la situation des étrangers domiciliés dans l'Etat, tandis que dans d'autres elle a été établie d'une façon générale et s'applique même à la succession des citoyens domiciliés en pays étranger, à laquelle on déclare applicable la loi de leur domicile à l'époque de leur décès.

Nous ne nous étendrons pas à exposer ici la diversité des règles établies en droit positif : nous étant occupé de cette matière dans les deux chapitres précédents. Maintenant nous allons examiner la nouvelle forme de conflit, qui peut résulter

des règles législatives distinctes, que les législateurs des différents pays ont admises pour désigner la loi qui doit régir les successions légitime et testamentaire et les rapports juridiques qui peuvent résulter de l'ouverture de la succession.

1338. — Il est incontestable qu'étant donné que le souverain, en vertu de son autonomie et de son indépendance législative, a établi certaines règles à l'égard des successions étrangères et des rapports juridiques qui en peuvent dériver, ces règles sont obligatoires pour les magistrats de l'Etat, qui ne peuvent se dispenser de les observer. Même si les règles formulées par le législateur ne sont pas basées sur sa propre compétence législative et ne sont pas conformes aux principes rationnels du Droit, et même si elles constituent une usurpation sur la compétence législative d'un souverain étranger, les juges du pays doivent les appliquer.

Néanmoins une grave difficulté peut se présenter, non à l'égard de la force obligatoire des règles formulées par le législateur de l'Etat auquel appartient le juge qui doit appliquer ces règles, mais à l'égard de la juste application de ces prescriptions législatives. En effet le magistrat appelé à juger d'après la loi doit en comprendre nettement les dispositions, et les appliquer au rapport litigieux sans altérer la *voluntas legislatoris*.

1339. — La diversité d'idées et de systèmes législatifs, dont résulte la diversité des règles édictées par les législateurs des différents Etats pour désigner la loi à laquelle chaque rapport juridique doit être considéré comme soumis, peut amener la concurrence de règles distinctes. D'où la nécessité d'éliminer le conflit, en précisant les limites de l'application de la disposition législative, en en déterminant la portée. Le doute qui peut naître en ce cas ne concerne pas le caractère obligatoire de la règle formulée par le législateur,

mais la portée de la force juridique et de la limite de l'autorité de cette règle.

Etant donné, par exemple, que le législateur italien indique comme loi régulatrice de la succession de l'étranger sa loi nationale, et que le législateur de l'Etat auquel cet étranger appartient indique comme loi applicable à cette même succession celle du pays où le défunt était domicilié au moment de son décès, quelle loi le magistrat italien appelé à trancher une difficulté relative à la succession de cet étranger domicilié en Italie, devra-t-il consulter ?

Devra-t-il appliquer la loi nationale du défunt pour déterminer le rang des héritiers et la mesure des droits successifs, conformément à la règle formulée par le législateur italien ? Ou bien, considérant que d'après la disposition du Code civil italien il faut se reporter à la loi nationale du défunt, et que d'après cette dernière législation la loi du domicile du défunt doit régir sa succession, devra-t-il appliquer la loi du domicile et par conséquent la loi italienne ?

Le même doute peut s'élever au sujet de la loi régulatrice des rapports de famille, lorsqu'un législateur dispose qu'ils doivent être régis par la loi nationale (comme le font par exemple les législateurs italien (art. 6), allemand (art. 13), tandis que le législateur national au contraire dispose que ces rapports seront réglés par la loi du domicile, ou par celle du lieu de la célébration du mariage.

1340. — Qu'il s'agisse, soit de la succession, soit de la condition civile de la personne ou des rapports de famille, la question se pose toujours de la même façon.

Il ne s'agit pas en effet de discuter le principe incontestable que la loi d'un Etat est impérative pour des magistrats : il s'agit au contraire de la saine application de la règle obligatoire.

Supposons, par exemple, qu'aux termes de la loi imposée aux tribunaux par le souverain de l'Etat ils soient tenus de juger les difficultés relatives aux rapports d'une famille

étrangère d'après la loi du pays dont le mari est citoyen : que cette dernière loi elle-même désigne la loi du lieu de la célébration du mariage pour régir les rapports qui résultent de cet acte : que de plus, le mariage ait été célébré en Italie. Alors le magistrat italien, pour appliquer sainement la disposition édictée par son législateur devra-t-il juger, soit d'après la loi étrangère, c'est-à-dire celle du pays auquel appartient le mari, soit d'après la loi italienne, qui est celle du lieu de la célébration du mariage, à laquelle renvoie la loi nationale de l'étranger ?

1341. — La question a été discutée à diverses reprises devant les tribunaux[1]. Un procès important en matière de succession fut celui soutenu par les héritiers Forgo-Ditch contre l'Administration de l'Enregistrement. Il s'agissait de la succession d'un Bavarois domicilié en France. Comme il n'avait pas obtenu le bénéfice du domicile légal, aux termes de l'article 13 du Code civil français, on avait d'abord décidé qu'il n'y avait pas lieu d'appliquer la loi française, mais qu'on devait observer la loi bavaroise. L'affaire traversa différentes phases. Introduite en 1874, elle fut terminée par l'arrêt de la Cour de cassation du 22 février 1882, qui résolut d'une façon tout à fait directe la question que nous examinons. L'Administration de l'enregistrement avait en effet motivé son recours en cassation, en prétendant qu'on avait indûment considéré la loi bavaroise comme applicable, alors qu'aux termes du droit civil bavarois il était disposé que la succession d'un Bavarois, qui avait sa résidence habituelle dans un pays, devait être réglée d'après la loi du domicile, et par conséquent par la loi française, puisque le défunt avait été en fait domicilié en France. La Cour de cassation, sur le rapport de Demangeat, accueillit le recours et statua dans les termes suivants :

[1] Voir Paris 25 novembre 1891 (*Journ. du Dr. internat. privé*, 1891, p. 498); Paris 23 mars 1888 (*id.* 1889, p. 638); Paris, 15 mars 1899 (*Gazette des Tribunaux*, 1899 et les nombreuses décisions citées dans la Revue de *Droit international privé*, 1898, p. 36), par Bartin.

« 1° La succession mobilière de l'étranger qui meurt en « France sans avoir obtenu du gouvernement français l'au- « torisation d'y fixer son domicile est régie par la loi nationale « de cet étranger.

« 2° Mais si la loi étrangère décide qu'on doit appliquer « en matière de statut personnel la loi du domicile ou de la « résidence habituelle, et en matière de statut réel la loi de « la situation des biens meubles ou immeubles, la loi fran- « çaise est seule applicable au réglement de la succession de « l'étranger composée de meubles se trouvant en France[1] ».

Un autre cas, dans lequel le principe se trouve expressément admis, a été soumis à la Cour suprême de Carlsruhe. Il s'agissait d'un Würtembergeois domicilié dans le Grand Duché de Bade. Lors de l'ouverture de sa succession, on souleva la question de la loi qui devait la régir. Aux termes du § 2 *du VI de l'Edit. de Constitution* de Bade, il était établi que la succession de l'étranger et ses dispositions de dernière volonté devaient être régis par la loi de sa patrie. La Cour de Carlsruhe, considérant que, puisque la législation Würtembergeoise prescrivait que la succession devait être réglée d'après la loi du domicile au moment de la mort et par là même renvoyait à l'application du Droit badois, ce droit devait être appliqué par respect des dispositions de la loi würtembergoise[2].

En Belgique, le même principe a été admis par les tribunaux dans les affaires relatives tant aux rapports de famille qu'à la succession d'étrangers domiciliés en Belgique. Il a été jugé que, lorsque la loi nationale de l'étranger consacre l'autorité de la législation du pays où il est domicilié, cette législation doit lui être appliquée en vertu de l'autorité de son statut personnel[3].

[1] *Journ. de Dr. Int. privé*, 1883, p, 64, où se trouvent en notes les indications relatives à l'historique de cette affaire.

[2] Cité par Buzzati, p. 31 et 32, première édit.

[3] Voir l'arrêt de la Cour d'app. de Bruxelles du 14 mai 1881, en matière de rapports de famille dans l'affaire Bigwood, dans le *Journal du Palais*,

Nous devons signaler, comme digne d'une mention toute spéciale, l'argument invoqué par la Cour de Bruxelles pour admettre l'application de la loi du domicile, quand elle est indiquée par le statut personnel. « Attendu, dit-elle, que « pour les mêmes motifs, que les lois personnelles qui suivent « le Belge à l'étranger suivent aussi l'étranger en Belgique ».

Nous ne croyons pas utile de reporter les différentes espèces dans lesquelles les tribunaux ont admis que, lorsque la législation de la patrie indique comme loi régulatrice d'un rapport donné la loi du domicile, le renvoi aux règles juridiques consacrées par cette loi doit être admis [1]. On peut trouver des indications très étendues sur les affaires jugées en matière de succession et de validité de testament dans l'article publié par Bartin [2] et dans les ouvrages de Catellani [3], de Buzzati [4], d'Anzilotti [5] et de tous les auteurs qui ont traité cette question.

1342. — La question, dont nous venons de parler et qui est indiquée par l'expression conventionnelle de *question du renvoi*, a été rarement réglée d'une façon expresse par les législateurs. Nous constatons toutefois que les lois de certains pays sont plutôt favorables à l'opinion des partisans de la théorie du renvoi, qu'à celle de ses adversaires, dont l'un des plus ardents est Buzzati.

Certains législateurs ont disposé en principe, que le juge

1881, jurisprudence étrangère, p. 68 avec une note de Laurent et le jugement du Tribunal civil de Bruxelles du 2 mars 1887 dans l'affaire Guerlache Fano, dans la *Belgique judiciaire* du 29 mai 1887.

[1] Il existe cependant des décisions en sens contraire : Tribunal civ. de la Seine 10 fév. 1893, X c. Domey *Journal de Dr. int. privé*. 1893, p. 530 ; Trib. fédéral suisse, 6 avril 1894, Fischel c. dame Codman, (id. 1894, p. 1095).

[2] *Les conflits entre dispositions législatives de Dr. int. privé*, Revue de Dr. int. 1898, p. 136.

[3] *Del conflitto fra le norme di Diritto Int. privato*, Venise, 1899.

[4] *Il rinvio nel Diritto Intern. privato*, Milan, 1897.

[5] *Studii critici di Diritto internazionale privato*, dernier chapitre intitulé : *La questione del rinvio ed i conflitti fra le disposizioni di Diritto internazionale privato*.

doit induire les règles applicables à certains rapports juridiques, non pas de la loi de l'Etat où la question est jugée, mais de celle de l'Etat auquel appartient la personne C'est ce qu'a fait notamment celui du Canton de Zurich.

Le Code de 1854 de ce Canton, demeuré en vigueur jusqu'à la promulgation de celui de 1887, consacrait en principe l'autorité du statut personnel à l'égard des citoyens du Canton qui se trouvaient à l'étranger notamment en ce qui concernait les successions. En ce qui concernait les étrangers, il déclarait applicable la loi de leur patrie, sous la condition cependant qu'il *fût ainsi disposé par la loi de l'Etat auquel ils appartenaient.*

En effet l'article 2 du Code civil de 1854 était ainsi conçu : « Les qualités juridiques des citoyens du Canton sont régies « même à l'étranger par le droit de leur patrie. A l'égard des « étrangers qui se trouvent dans le Canton, il leur est garanti « l'application du droit de leur patrie, *s'il est ainsi prescrit* « aux termes de la loi de l'Etat auquel ils appartiennent. »

L'article 3 disposait de la façon suivante : « Les rapports « de famille des étrangers qui habitent dans le Canton et la « succession des étrangers qui ont habité dans le Canton « seront réglés en conformité de la loi de leur patrie, *en tant « qu'il est ainsi prescrit* d'après la loi de l'Etat auquel ils « appartiennent. »

Ces dispositions sont conformes à celles des 1, 3 et 4 du nouveau Code de 1887.

L'article 4 est ainsi conçu : « Pour ce qui est de la succes- « sion héréditaire, est applicable le droit du *de cujus* (citoyen « du Canton).

« La succession des étrangers qui ont habité dans le Canton « sera régie par le Droit de leur patrie, en tant que *cela est « prescrit* selon la loi de l'Etat auquel ils appartiennent.

« Fait exception à cette règle la succession spéciale en biens « immeubles de fondation. »

Nous trouvons la même règle consacrée dans le Code civil du Canton de Zug de 1861. Le paragraphe 2 est ainsi conçu :

« Les rapports personnels, (capacité juridique, capacité « d'agir) : les rapports de famille, de même que les rapports « héréditaires connexes avec ces premiers ou ces derniers « (droit de succession ab intestat, testament) des citoyens « cantonaux, même, s'ils se trouvent à l'étranger, sont régis « par le Droit national de la personne de la famille du *de cujus* « A cet égard est garantie aussi aux étrangers l'application « de leur droit national, *en tant que la loi de l'Etat auquel ils* « *appartiennent prescrit cela* ».

Il résulte clairement de ces dispositions, que l'obligation pour le juge d'appliquer à l'étranger la loi de sa patrie n'est pas imposée en vertu des règles édictées par le législateur cantonal, qui prescrit l'observation de la loi du Canton en ce qui concerne la succession du citoyen en pays étranger, mais que cette obligation résulte du principe de Droit international privé reconnu par le législateur de la patrie du défunt, et que par conséquent on admet l'application de la loi de la patrie, *s'il est ainsi déposé* aux termes de la loi à laquelle la personne appartient.

En d'autres termes, on admet que la règle de Droit international privé concernant la succession ouverte à l'étranger doit être considérée comme faisant partie du statut personnel. Par conséquent on impose au juge l'obligation d'observer, non pas le droit local, mais la loi de la patrie du défunt et de se conformer à cette dernière loi si le législateur du pays de ce même défunt la déclare applicable. Par conséquent, si la législation du pays du *de cujus* déclare applicable la loi du domicile, le juge ne devra pas observer la loi de la patrie conformément aux dispositions de la loi cantonale, mais la loi indiquée comme loi régulatrice par le législateur du pays du défunt.

Dans le Code civil des Grisons de 1862, le principe du renvoi semble consacré d'une façon impérative. En effet le § 1 de ce code dispose de la manière suivante :

« Les dispositions de cette loi trouvent leur appplication :

« 1° A l'égard du droit des personnes, en ce qui concerne

« tous les citoyens du Canton, même quand ils habitent en « dehors du Canton : en ce qui concerne les personnes juri- « diques existant dans le Canton, en ce qui concerne les étran- « gers domiciliés ou dans le Canton, en tant que la loi et la nature « du rapport juridique en question ne requièrent pas l'appli- « cation d'un droit étranger.

« 2° A l'égard du droit de succession, pour ce qui est de « toute l'hérédité et des legs (même si les biens se trouvent à « l'étranger s'il s'agit de la succession d'un citoyen du Canton « ou d'une succession à laquelle il soit intéressé) ; en ce qui « concerne les successions et legs se trouvant dans le Canton, « s'il s'agit d'une personne d'un Etat non confédéré, seule- « ment en tant que les lois nationales du *de cujus* n'exigent « pas l'application de ces dernières. Les dispositions sur le « séquestre judiciaire et sur les liquidations sont toutefois « applicables à toutes les successions ouvertes dans le Can- « ton. »

A notre sens, par cette disposition, le législateur cantonal attribue une autorité à la loi du Canton pour y régler les mesures conservatoires et le partage de la succession qui s'y est ouverte. Toutefois, pour ce qui concerne le rang des héritiers, la mesure des droits successifs et les dispositions testamentaires, il exclut en principe l'application du droit local à la succession étrangère, en disposant cependant que si la loi de la patrie du défunt renvoie à la loi du domicile et si l'étranger se trouve domicilié dans le Canton, la loi cantonale doit régir cette succession, par le motif que l'application en est requise par la législation du pays du défunt.

La législation la plus récente, où se trouvent formulées des règles de droit international privé, est le Code civil de l'Empire d'Allemagne, entré en vigueur le 1er janvier 1900. Dans les dispositions préliminaires (loi introductive), on admet en principe que le statut personnel est constitué par les lois de l'Etat auquel appartient la personne. Ces lois se trouvent indiquées pour régler la capacité (art. 7), les rapports de famille (art. 13, 15, 17) et la succession de l'étranger (art. 25).

L'article 27 dispose ensuite de la façon suivante :

« Si d'après le droit d'un Etat étranger, aux lois duquel il « est déclaré devoir se référer dans les articles 7, 1er alinéa ; « dans l'article 13, 1er alinéa ; dans l'article 15, 2e alinéa ; dans « l'art. 17, 1er alinéa et dans l'article 25, les lois allemandes « sont déclarées applicables, on applique ces lois. »

De quelque manière qu'on veuille expliquer cet article 27 du Code allemand, il est incontestable qu'il consacre expressément le principe que, lorsque la loi étrangère, indiquée comme loi régulatrice d'un rapport juridique, renvoie à la loi allemande, celle-ci doit être appliquée [1].

1343. — Cette question du renvoi a été très vivement discutée en doctrine dans ces dernières années, surtout depuis que Labbé l'a posée nettement dans le Journal de Droit international privé [2] en mettant en évidence le conflit qui peut se produire entre les règles consacrées par la législation de l'Etat où le litige a pris naissance et où le juge doit le trancher et celles admises par le législateur étranger, lorsque chacun a indiqué d'une façon différente le principe régulateur du rapport juridique qui fait l'objet du procès. Les publications consacrées à l'examen de cette question sont d'une réelle importance. Les auteurs se sont divisés en deux camps,

[1] Dans le projet du Code civil allemand (2e lecture), on trouve ainsi rédigée la disposition concernant le renvoi à l'égard du mariage et des rapports « de famille : « Si d'après le Droit de l'Etat dont les lois doivent être appli- « quées et par suite desdites dispositions on doit appliquer les lois en « vigueur au domicile du mari, ces lois seront applicables au cas. »

De même, la règle du renvoi se trouve expressément consacrée dans la loi du 18 décembre 1874 sur le mariage, § 108, ainsi conçu : « La validité « du mariage contracté à l'étranger doit être jugée, pour ce qui regarde « l'âge et la capacité d'agir de chacun des époux, exclusivement en con- « formité des lois de leur Etat, mais à tout autre égard en conformité des « lois des deux époux, sauf si ces lois *prescrivent l'application d'un autre* « *droit* ou si la présente loi dispose autrement. »

[2] Année 1885, p. 1 à 16.

les uns soutenant, les autres combattant la doctrine du renvoi[1].

1344. — Nous avons déjà examiné incidemment la question à propos de la loi régulatrice de la capacité personnelle et des rapports de famille [2]. Maintenant que la discussion s'est élargie et que nous devons reconnaître l'importance de cette matière, nous allons l'étudier d'une façon approfondie.

A notre sens, malgré le caractère jusqu'à un certain point nouveau que présente la discussion, en réalité elle a pour objet un sujet qui a été souvent traité. Il s'agit en effet de savoir quelle autorité peut être attribuée dans les pays étran-

[1] Voir parmi les auteurs favorables au renvoi : Bar, *Theorie und Praxis des internat. Privatrechts* (Hanovre, 1898) n° 94, et *Handbuch des internat. Privat und strafrecht* (Stuttgart, 1892), § 10, note; Brocher, *Droit int. privé*, T. I. liv. I, tit. I, ch. I, p. 167 ; Renault, *Actes de la Conférence de La Haye*, p. 46 ; Rolin, *Princ. de Dr. int. privé*, t. I. p. 76-77, Weiss, *Dr. int. privé*. T. III. Le *conflit des lois*, p. 76-77 ; Guarini, *Applicabilità delle norme, di Dir. intern. priv. contenute in una legge straniera*, Rome 1900.

Parmi ceux qui y sont opposés, voir : Labbé, *Journ. de Dr. intern. privé*, 1885, p. 5 et suiv.; Pillet, *id.*, 1894 ; p. 721 ; Bartin, *Les conflits entre dispositions législatives de droit intern.* (Revue de Dr. int., 1898, p. 129 et suiv.), article contenant une bibliographie et une revue de jurisprudence très complète; Lainé, *La Conférence de la Haye relative au Droit int. privé (Journ. du Dr. intern. privé*, 1894, p. 248) et *De l'application des lois étrangères en France et en Belgique* (id. 1896, p. 241) ; Despagnet, *Précis de Dr. int. privé*, 3ᵉ édit., p. 216-217 ; Buzzati, *Il rinvio nel Dir. int. privat.* Milan, 1898 ; Catellani, *Del conflitto fra norme di. Dir. intern. privato*, Venise, 1897; Anzilotti. *Studii critici di Dir. int. privato*, dern. chap. p. 194 ; Diena, *Sui limiti alla applicazione del Dir. straniero*, p. 9 et suiv. Turin, 1898; Surville et Arthuys, *Cours de Dr. int. privé*, Paris, 1900, p. 47. Voir pour plus de détails sur les ouvrages à ce sujet, les auteurs par nous cités. On trouvera du reste de nombreuses indications dans Kahn, *Iherings Iahrbucher*, 1896. p. 401 et suiv.

[2] Voir notre article : *Du mariage célébré à l'étranger* (*Journ. du Dr. int. privé*, 1886, p. 161 et suiv. et 174), et nos ouvrages : *Delle disposizioni generali sulla publicazione, applicazione ed interpretazione delle leggi*, T. II, § 555, (Naples, Marghieri édit. 1887); et *Diritto internazionale privato*, T. II, n° 686, p. 188).

gers aux prescriptions légales édictées par le souverain de chaque Etat en vertu de sa propre indépendance, et quelle est la limite de la force juridique d'une disposition législative donnée.

Il est évident pour tout le monde que si les Etats s'étaient mis d'accord pour formuler les règles fixant l'autorité de chaque loi à l'égard de tout rapport juridique, par là même ils auraient éliminé tout conflit et toute cause de conflit. En effet, comme l'a dit fort justement Savigny, tout rapport juridique demeurerait sous l'empire de la loi qui, d'après la nature des choses et celle du rapport, aurait été désignée pour le régir, et les difficultés à cet égard ne pourraient être résolues que par application de la loi ou de la règle concernant le rapport.

Actuellement toutes les difficultés résultent de l'absence d'une règle uniforme admise par les divers Etats et indiquant, en matière de conflit de lois émanant de souverainetés distinctes, quelle est la loi qui doit prévaloir.

Le problème de l'autorité de chaque loi tant sur le territoire qu'à l'étranger, qui forme l'objet du Droit international privé, embrasse aussi la question spéciale du renvoi, telle qu'elle a été posée à notre époque.

Supposons, par exemple, que l'Etat A dispose que les droits et les relations juridiques résultant de la succession doivent être déterminés et réglés d'après la loi nationale du défunt, et que le législateur de l'Etat B, patrie de ce défunt, prescrive que les droits successifs doivent être régis par la loi du domicile. Si la succession s'ouvre dans l'Etat A, où le *de cujus* était domicilié, le juge de cet Etat, devra-t-il, sans souci des dispositions de la loi de l'Etat B, appliquer la loi nationale du défunt, ou bien, au contraire, par application de la loi de l'Etat B, régler la succession d'après la loi du domicile?

En réalité, il s'agit de déterminer l'autorité de la loi de l'Etat A en concurrence avec celle de l'Etat B, en d'autres termes l'autorité réciproque de la loi territoriale et de la loi étrangère.

1345. — Pour résoudre cette question, il faut avant tout bien préciser la nature et le caractère des dispositions du droit positif de chaque Etat, qui formulent les principes du Droit international privé.

Pour présenter le caractère véritable de lois internationales, il faudrait que ces dispositions résultent du *consensus gentium*. Même alors leur autorité ne s'étendrait pas à tous les Etats du monde, mais à ceux-là seulement qui les auraient acceptées comme Droit commun. On arriverait ainsi à réaliser, à l'égard des Etats unis ainsi entre eux, la communauté juridique rêvée par Savigny, et qui consisterait précisément à admettre en commun des règles uniformes pour déterminer entre les Etats l'autorité de leurs lois respectives et les limites de la compétence de leur pouvoir législatif.

Actuellement, en l'absence d'un tel accord, étant donné que les règles de Droit privé international édictées par chaque législateur font partie du Droit interne, elles ne peuvent avoir pour effet que de s'imposer au juge territorial pour lui indiquer la loi qui doit régir les rapports contestés soumis à sa décision.

Etant donnée l'autorité incontestable des principes que nous venons d'exposer, l'objet de notre étude doit être le suivant: rechercher comment le juge doit interpréter les règles de Droit international privé consacrées par le législateur de son propre Etat et en comprendre l'autorité et la portée.

Or nous sommes fermement convaincu que cette question se trouve dans le domaine de toutes celles relatives à l'autorité des lois internes en conflit avec les lois étrangères, et qu'elle ne peut être résolue que d'après les principes généraux de Droit, toujours applicables pour déterminer l'autorité et l'interprétation des lois.

D'après les principes du Droit international, la question de l'autorité de la loi doit se résoudre en celle de la compétence législative. A notre sens, il doit en être de même de la question de l'autorité des règles de Droit international formulées dans la loi civile de chaque Etat. Les magistrats doivent se

baser sur ces principes toutes les fois, qu'avant d'appliquer la loi, ils sont dans la nécessité de l'interpréter pour en déterminer la force juridique, la portée et l'étendue.

1346. —Labbé, qui fut un des premiers à étudier d'une façon approfondie la question, soutient que lorsque le législateur d'un Etat s'est prononcé d'une façon définitive sur la loi qui doit régir les questions concernant les étrangers ou les rapports juridiques qui dans leurs origines ou dans leurs effets sont étrangers, le juge de cet Etat ne doit pas tenir compte de la loi étrangère. Il résume ainsi son opinion: « Il « appartient au législateur, sous l'autorité duquel est placé « le juge saisi d'une affaire, de déterminer la loi applicable à « la cause. Lorsqu'il a désigné une loi étrangère pour la solu- « tion d'une question, le juge n'a plus à demander au légis- « lateur étranger quelle est la loi applicable, il le sait. Il n'a « plus qu'à emprunter à cette loi la solution de la question « du procès, condition de capacité, règlement de succession « ou cause de divorce »[1].

L'éminent jurisconsulte aboutit à cette conclusion parce, qu'ainsi qu'il le fait remarquer. « La loi qu'un juge doit « observer doit lui être révélée en toute cause, avec certitude « par son législateur. Un tribunal n'a pas à attendre d'un « législateur étranger l'indication de la route qu'il doit « suivre ».

Il est essentiel de noter qu'il ne s'agit pas de savoir si le juge de l'Etat doit reconnaître la force impérative de la loi émanée du législateur national, ni de dire, si, après que le souverain d'un Etat a proclamé une loi, ses tribunaux peuvent ne pas l'appliquer. Il s'agit au contraire de savoir quelle portée le juge doit reconnaître à la disposition légale, comment il doit entendre la limite de l'autorité de la loi d'après la volonté présumée du législateur de son pays.

[1] Labbé, *Du conflit, entre la loi nationale et une loi étrangère. Journ. du Dr. int. privé*, 1885, p. 16.

Le magistrat ne peut incontestablement pas se soustraire à l'empire du Droit territorial, en d'autres termes, il ne saurait méconnaître la force obligatoire des lois de son pays. Cependant quand, au sujet d'un rapport juridique donné, des règles de droit non uniformes se trouvent en concurrence, celle admise par la loi nationale et celle consacrée par des lois étrangères, il nous semble que le juge ne peut pas se dispenser d'appliquer la règle qui doit régir ce rapport juridique. Si indubitablement il ne peut pas se soustraire a la force impérative du Droit local, il doit néanmoins en l'appliquant, le considérer comme établi d'après les principes de la compétence du législateur de son pays et dans les limites de cette même compétence. Il ne pourrait pas en effet admettre, que ce législateur ait pu entendre régler un rapport juridique au delà des limites de sa compétence.

C'est pour cela que nous disions, qu'en cas de concurrence de règles non uniformes décrétées par des souverains indépendants, la question de l'autorité et de l'étendue de la force obligatoire de la loi doit être résolue par les tribunaux conformément au principe de la compétence législative.

1347. — Avant d'étudier à fond la question de la compétence législative, nous croyons utile d'indiquer qu'elle doit doit être envisagée dans ses rapports avec le territoire et dans ses rapports avec les personnes.

Dans ses rapports avec le territoire, la compétence législative doit être attribuée absolument et exclusivement au souverain de chaque Etat, en vertu de son domaine éminent sur tout le territoire et sur tous les lieux qui y sont assimilés, Tout souverain doit donc être réputé exclusivement compétent pour édicter les lois qui concernent les choses et leur condition juridique, en tant que ces choses font partie du territoire, et pour promulguer les lois sauvegardant les droits de l'Etat. les droits et les intérêts de la société et la sûreté des particuliers. Ces lois doivent être considérées comme étendant leur autorité sur tout le monde. Par conséquent toutes les

personnes se trouvant sur le territoire, aussi bien les étrangers que les citoyens, doivent être réputées soumises à la puissance législative du souverain en vertu du droit exclusif de domaine éminent, de commandement et de juridiction qui lui appartient, et qui constitue réellement la souveraineté territoriale.

En vertu de sa compétence dans ses rapports avec le territoire, le souverain peut soumettre la propriété et la possession des immeubles et des meubles, quels qu'en soient les propriétaires, aux lois qu'il a faites pour sauvegarder les intérêts généraux, le droit social et les droits des tiers. Il peut en outre astreindre toutes les personnes qui se trouvent sur le territoire à l'observation des lois d'ordre public et de celles qui assurent le respect de la morale civile ou des bonnes mœurs.

De même, toujours en vertu de la compétence territoriale, le souverain de chaque Etat peut édicter des règles sur l'autorité des lois territoriales et étrangères à l'égard de tous les rapports et de toutes les conventions juridiques, en tant que ces rapports ou conventions affectent le Droit public, le Droit social et l'ordre public.

Les règles ainsi établies doivent avoir le caractère et l'autorité du statut réel. Non seulement elles doivent être réputées obligatoires pour les magistrats de l'Etat, mais encore leur autorité impérative doit être considérée comme absolue et exclusive, en ce sens que jamais on ne puisse, en vertu de la loi étrangère, déroger aux prescriptions du souverain territorial agissant en vertu de sa compétence territoriale.[1]

C'est en vertu de cette compétence législative que le législateur italien a, dans l'article 7 des dispositions générales du Code civil, formulé la règle qui soumet toutes les choses qui se trouvent sur le territoire italien aux lois italiennes concernant les biens. Il pose en principe que les immeubles sont

[1] Voir *suprà*, partie générale, ch. II. Du statut réel, ch. VII. *De l'autorité territoriale du Dr. public et des lois d'ordre public.*

régis par la loi du lieu où ils sont situés, et que les meubles peuvent être soumis à la loi de la nation du propriétaire, sauf les dispositions contraires de la loi du pays où ils se trouvent.

Le législateur italien a ainsi admis que, bien que la propriété appartienne aux particuliers, la souveraineté a le droit de commandement sur le territoire, et que par conséquent les immeubles, considérés comme un seul tout constituant le territoire de l'Etat, doivent être réputés soumis à la loi de l'Etat où ils sont situés.[1]

Ce législateur n'a cependant pas exclu l'autorité des lois étrangères pour attribuer des droits sur les choses existant sur le territoire italien. En effet, en édictant, dans l'article 8, que les successions légitimes et testamentaires, tant à l'égard de l'ordre de succéder, qu'à l'égard de la mesure des droits successifs, doivent être régies par la loi nationale du défunt, et que la substance et les effets des donations et des dispositions de dernière volonté doivent être réglés par cette même loi, il a décidé que toute controverse relative à ces rapports juridiques, même en ce qui concerne les immeubles situés en Italie, doit être décidée par le juge italien d'après la loi nationale étrangère.

Néanmoins il lui appartenait, en vertu de sa compétence territoriale, de protéger le droit public, le droit social et l'organisation politique et économique de la propriété foncière. Aussi, pour prévenir toute atteinte qui aurait pu y être portée par la détermination absolue et illimitée des droits de succession des étrangers sur les immeubles situés en Italie, il y a formulé une règle limitative dans l'article 12.

[1] Nous croyons utile de noter que, puisque le législateur italien, dans l'article 7, dispose d'une façon générale, que « Les biens immobiliers sont « soumis à la loi du lieu où ils sont situés », on doit reconnaître qu'il a proclamé le principe relatif aux droits de la souveraineté territoriale d'une façon générale. Il a donc ainsi indirectement établi en principe, que la compétence législative dans ses rapports avec le territoire doit être attribuée au souverain de chaque Etat.

Aux termes de ce texte, en aucun cas la loi étrangère en matière de succession ne peut déroger aux lois du royaume qui concernent les biens, ou intéressent d'une façon quelconque l'ordre public.

Cette disposition, étant édictée en vertu de la compétence territoriale, doit être elle-même considérée comme faisant partie du statut réel. Dès lors on ne pourrait jamais soutenir que le magistrat italien puisse admettre l'autorité d'une loi étrangère en opposition avec sa loi nationale.

1348. — De ce que nous venons de dire, il résulte clairement qu'on doit considérer comme faisant partie du statut réel les règles de droit international privé qui déterminent l'autorité des lois à l'égard des biens meubles ou immeubles existant sur le territoire de chaque Etat. Elles doivent par conséquent être considérées comme établies avec une force absolue et exclusive à l'égard de tout le monde, et comme édictées suivant les principes exacts du Droit international privé.

Dès lors, toutes les fois que des règles différentes édictées par les souverains d'Etats indépendants se trouvent en concurrence, le juge doit appliquer celles formulées par le législateur de son pays. Il ne peut donc jamais limiter la portée, ni méconnaître l'autorité absolue des règles établies par le souverain de l'Etat dans les limites de sa compétence territoriale. Il doit, sans se préoccuper du fait que les règles admises par les souverains étrangers sont ou non uniformes, appliquer les principes consacrés par son législateur, en tant qu'ils déterminent l'autorité des lois de l'Etat, ou limitent celle des lois étrangères par rapport aux biens, ou assurent le respect du Droit public ou du Droit social.

Mais que devrait-on décider si le souverain de l'Etat, en vertu de son autonomie législative, avait excédé les justes limites de sa compétence territoriale ? Si notamment il avait attribué autorité à ses lois sur les étrangers, même en ce qui concerne leur condition civile, leurs droits fondés sur leurs

relations personnelles et sur leurs rapports de famille, leurs droits de succession ?

Nous traiterons cette question plus loin.

1349. — Nous allons d'abord chercher à déterminer à qui peut appartenir la compétence législative à l'égard des personnes et des actes juridiques qui ont pour base les rapports personnels et les rapports de famille.

Il nous semble évident que cette compétence doit, suivant la nature des choses, être attribuée au souverain qui, en vertu de la sujétion des personnes, exerce sur elles l'autorité législative.

Or il est essentiel de noter que les personnes naturellement soumises à l'autorité du législateur sont les citoyens de l'Etat. Elles forment la collectivité, c'est-à dire la société politique qui est qualifiée Etat, et elles doivent toutes, en leur qualité de membres de la même association, être soumises à l'autorité du souverain de l'Etat constitué par elles, souverain investi par elles du pouvoir de déclarer et de régler les droits appartenant à chacune d'elles en tant que membre de la collectivité. Dès lors on doit attribuer au souverain de l'Etat dont l'individu naît citoyen la compétence législative à l'égard de la détermination de la condition civile de cet individu, de son statut personnel, de sa capacité et de ses rapports avec la famille, à laquelle il appartient depuis le moment de sa conception ou de sa naissance, et à l'égard de la détermination de tous les droits privés, qui résultent de ce statut, de cette capacité et de ces rapports.

Toute discussion à ce sujet nous paraît inutile.

En effet tout homme naît citoyen d'un Etat donné. Donc la présomption la plus naturelle et la plus raisonnable est que la loi qui détermine sa condition de citoyen doit aussi régler ses droits civils. Il faut par conséquent admettre en principe que chacun doit être réputé soumis à la loi de son pays et que la compétence législative personnelle doit être attribuée en principe au souverain de l'Etat dont l'individu naît citoyen.

Dès lors les droits civils doivent être déterminés d'après la loi que chaque peuple s'est donnée, et cette loi doit être applicable à tous les citoyens de l'Etat.

1350. — La qualité de citoyen est donc la base de l'autorité de la loi qui doit régir les droits privés et la condition civile de chaque homme. Elle est aussi la source des droits politiques et publics des membres de la collectivité.

Il est à remarquer, à l'égard de ces derniers droits, que tous les législateurs sont d'accord pour admettre qu'ils ne peuvent résulter que de la qualité de citoyen, à laquelle ils restent attachés d'une façon permanente tant que cette qualité existe. Au contraire, en ce qui concerne les droits civils, les diverses législations sont loin d'être concordantes. D'après les unes, la qualité de citoyen est à l'égard de l'individu la base primordiale, non seulement de la soumission à la puissance du législateur, mais aussi de l'autorité fixe et permanente de la loi de la patrie de chacun, tant que la personne n'a pas rompu le lien résultant de la qualité de citoyen, en devenant citoyen d'un autre Etat.

D'après d'autres législations, le rapport résultant de la qualité de citoyen est bien réputé fixe et permanent, tant que l'individu n'a pas acquis la qualité de citoyen d'un autre Etat, mais non au point de rendre constante l'autorité de la loi régulatrice de l'état personnel, de la condition civile, des rapports de famille et de la succession de la personne.

En effet certains législateurs ont admis que le siège juridique de chaque personne devait exister au lieu où elle aurait établi habituellement son habitation fixe et le centre de ses intérêts et de ses affaires. C'est là du reste que l'individu exerce sa liberté civile et entre en rapport avec le monde extérieur et avec les autres individus, qui ont le centre de leur existence juridique dans le même pays. Etant donc donné que chacun, tout en demeurant attaché à sa patrie par les liens résultant de sa qualité de citoyen, peut fixer son domicile dans un autre pays et établir un lien juridique entre lui

et la loi qui y est en vigueur pour tout ce qui concerne sa personnalité civile, étant donné aussi que tout cela doit être réputé dans le domaine de la liberté de chacun, certains législateurs ont admis que la loi du domicile doit être réputée la loi personnelle de celui qui, par la fixation de ce domicile, s'est soumis volontairement à l'autorité de la loi du pays où il a établi le centre de ses affaires.

Le premier système est admis d'une façon absolue par le législateur italien, qui édicte en principe que le statut personnel doit être déterminé par la loi nationale de chacun, cette loi devant régir d'une façon permanente l'état et la capacité de la personne, les rapports de famille et la succession, tant que l'individu n'a pas renoncé à sa nationalité d'origine en se faisant naturaliser à l'étranger.

Il se trouve aussi consacré en principe dans la loi introductive du Code civil de l'Empire d'Allemagne du 7 août 1896 (art. 7, 13 et 25), d'après laquelle la loi de l'Etat auquel chacun appartient doit régir sa condition civile, son mariage et sa succession.

Le second système prévaut dans la Grande-Bretagne, en Amérique et dans les pays régis par le Droit coutumier. Il a été expressément admis par les Etats de l'Amérique latine qui ont participé au Congrès de Montevideo de 1888-1889[1].

Il était aussi, avant la promulgation du Code civil allemand, consacré dans les Codes des Etats de l'Allemagne, à l'exception de celui du Royaume de Saxe[2].

Quel est le meilleur de ces deux systèmes? Ce n'est pas ici le lieu d'examiner cette question[3].

[1] Voir l'article 1 du Traité sur le Droit civ. internat. conclu entre les Républiques d'Uruguay, de Bolivie et du Paraguay, où se trouve consacrée la règle que la capacité des personnes doit être régie par la loi du domicile, (Actes du Congrès, p. 954).

[2] Voir surtout le Code Prussien de 1744, § 23 et 33.

[3] Compar, Jitta, *Méthode de Dr. intern. privé;* Chausse, *Du rôle internat. du domicile* (Journal de Droit intern. privé, 1897- p. 5).

A notre sens, chacun des deux systèmes a une base juridique sérieuse. Les qualités juridiques fondamentales et permanentes, qui exercent leur

Nous admettons qu'on puisse considérer comme préférable le système consacré par le législateur italien, par celui de l'Allemagne et d'autres pays, qui édictent qu'en principe le statut personnel doit être déterminé par la qualité de citoyen de

influence décisive sur la condition civile de chacun et sur sa capacité, dépendent surtout de la qualité de citoyen, puisque tout individu, au moment de sa naissance, appartient à la famille dont il a la nationalité. Les habitudes et le caractère, dont dépendent ensuite sa capacité juridique et sa condition civile, se forment et se développent sous l'influence des rapports de famille. Il est donc naturel que le souverain de la patrie de chacun le prenne sous sa protection et que les droits civils de tout individu au moment de sa naissance dépendent de la loi du pays dont il est né citoyen.

Il nous semble également naturel d'admettre que l'ensemble des éléments résultant de la race, des traditions et les droits privés qui en découlent, ne puisse pas être subitement modifié, par suite de la circonstance que la famille ou l'individu ont établi le siège principal de leurs affaires et de leurs intérêts dans un pays étranger. Dès lors il doit paraître plus raisonnable que la loi de la patrie de chacun exerce son empire, même lorsque l'individu va fixer son domicile à l'étranger. Il convient cependant de considérer que les habitudes et le caractère résultant de la race, des traditions nationales et de la nationalité peuvent se trouver modifiés par l'effet du séjour prolongé dans un pays étranger où l'individu a établi le siège principal de ses affaires.

Voici ce que nous avions proposé pour éliminer les inconvénients qui résultent de l'exagération de chacun des deux systèmes, dans la 2me édition de notre *Droit international privé*, publiée en 1874 :

« Bien que le domicile et la qualité de citoyen soient deux rapports « essentiellement distincts, et qu'en transportant ailleurs le centre de ses « affaires, on ne rompe pas ses rapports avec sa patrie d'origine, on peut « cependant dire que l'association politique dont la souveraineté est l'ex- « pression morale, est formée par la population qui réside dans le pays, et « qu'une résidence fixe est la condition indispensable de la communauté « de la vie sociale et politique.

« Celui qui s'éloigne de sa patrie avec l'intention d'y revenir n'anéantit « pas toutes ses relations comme citoyen et, quoique domicilié à l'étranger, « il a droit à la protection de l'Etat auquel il continue d'appartenir. Mais « celui qui s'éloigne de sa patrie avec l'intention manifeste de n'y pas « retourner doit-il continuer à vivre indéfiniment sous la protection de sa « souveraineté de l'Etat auquel il a cessé effectivement d'appartenir ? Pour « éliminer toute équivoque, le mieux serait peut être d'établir que le « domicile prolongé pendant un certain temps (dix ans par exemple) autre- « ment que pour des raisons commerciales, avec l'intention de ne pas « retourner dans son pays, et sans déclaration expresse de vouloir réserver « les droits de sa nationalité d'origine, devrait avoir pour effet de substi- « tuer à la véritable patrie, la patrie élective, ainsi que le proposait West-

chacun[1]. Nous comprenons cependant que d'autres législateurs déterminent autrement le statut personnel des individus soumis à leur autorité. Tout dépend de la façon différente d'envisager les choses et il faut noter que cette manière de voir est loin d'être nouvelle.

Les jurisconsultes du moyen-âge, qui avant toute codification ont étudié cette matière, aboutirent également à résoudre de différentes façons la question de l'autorité des lois à l'égard de l'état des personnes et des droits résultant de leur condition civile. Tous étaient d'accord pour admettre que la loi du domicile d'origine, c'est-à-dire la loi de la patrie de chacun, qui correspond à ce qu'on qualifie actuellement de loi nationale, devait régir la condition civile de chacun et les droits qui en dérivaient. Mais ils se divisaient en deux groupes soutenant chacun une opinion distincte au sujet de la question de savoir si la loi du domicile d'origine devait exercer son empire, même à l'égard de l'individu qui avait fixé son domicile dans un pays régi par des statuts distincts de la loi de son domicile d'origine. Les uns soutenaient que cette loi devait conserver une autorité constante et permanente, même lorsque l'individu avait établi son domicile en pays étranger. Les autres au contraire étaient d'avis que le rapport entre la personne et la loi devait être considéré comme modifié par le fait que l'individu avait fixé son domicile réel en pays étranger, et que dès lors c'était

« lake. » (*Fiore Diritto int. privato*, p. 552, 2e édition, Florence, successori. Le Monnier 1874).

Les inconvénients résultant du fait d'admettre que le statut personnel d'une personne soit déterminé d'une façon permanente et sans limitation d'après la nationalité du père nous ont frappé. Nous les avons remarqué dans le cas d'une famille italienne domiciliée en fait à Paris depuis de nombreuses années. Les enfants tous nés dans cette ville n'étaient jamais venus en Italie et, ne sachant pas un mot d'italien et ne pouvant connaître le Code civil italien que par une traduction française, ne comprenaient pas comment on pouvait les considérer comme soumis à l'autorité des lois du Royaume d'Italie.

[1] Voir *supra*, t. I, partie générale, ch. I, en tenant compte des observations faites aux nos 57 et 58.

d'après la loi du domicile réel qu'on devrait déterminer la condition civile, les droits de famille et ceux de la succession[1].

1351. — Nous dirons de nouveau que ce n'est pas le cas d'examiner la valeur respective des deux systèmes. La question qui résulte de leur coexistence peut se résumer de la façon suivante :

Etant donné que le législateur d'un pays ait consacré la règle que le statut personnel, c'est-à-dire l'état et la capacité des personnes et la transmission de leur patrimoine à leurs héritiers, est régi par la loi nationale, et que le législateur d'un autre pays ait au contraire posé en principe que ce même statut est régi par la loi du domicile, s'il vient à surgir un conflit entre ces dispositions législatives contraires, comment le magistrat devra-t-il entendre la force impérative de ces règles et laquelle devra-t-il appliquer de préférence ?

1352. — Etant admis, ainsi que nous venons de l'exposer, que la compétence législative à l'égard des personnes appartient au souverain de l'Etat dont chacune est citoyen et qu'aucun autre souverain ne peut usurper cette compétence sans violer les justes principes du Droit, étant admis également que le juge en appliquant les règles édictées par le législateur national de la personne doit présumer qu'elles ont toujours été promulguées dans les limites de la compétence de ce législateur, il nous semble qu'il est facile de résoudre le conflit résultant de la concurrence de principes différents admis par les souverains d'Etats indépendants au sujet de la loi qui doit régir l'état, la capacité, les rapports de famille et les successions des personnes, ainsi que tout autre rapport ayant trait aux relations personnelles.

Il est clair en effet, quand le souverain d'un Etat, en réglant en vertu de sa compétence législative les rapports qui résultent de la soumission des personnes à la loi, a disposé

[1] Voir *supra*, t. I, n[os] 44 et suiv., et compar. n° 58.

que, lorsque le citoyen abandonne son domicile d'origine pour s'établir à l'étranger, le rapport existant entre ce citoyen et la loi régulatrice de sa condition civile et de sa succession doit être considéré comme modifié, même quand ce changement de domicile ne lui fait pas perdre sa nationalité d'origine, cette disposition législative doit s'appliquer d'une façon absolue aux individus soumis à l'autorité du législateur.

Le juge ne peut pas se dispenser d'admettre que le citoyen de cet Etat, qui ne peut nullement ignorer la loi de son propre pays, sait que pour se soumettre, par exemple, à loi italienne, il n'a pas besoin de rompre entièrement les liens qui l'unissent à sa patrie d'origine en devenant citoyen italien ; mais qu'il lui suffit d'établir son domicile en Italie pour être régi par la loi de ce pays relative à l'état personnel et à la transmission du patrimoine.

En vertu de quel principe pourrait-on soutenir l'opinion contraire ?

On prétend que le système qui maintient l'autorité permanente de la loi nationale est plus rationnel. Même alors peut-on ainsi justifier la prétention d'imposer cette doctrine à toutes les collectivités et à tous les législateurs du monde ?

Il est essentiel de noter que les droits personnels, de famille et de succession, qui doivent être réputés connexes aux rapports personnels et aux rapports de famille, ont leur fondement dans la loi civile, qui est précisément celle que chaque peuple s'est donnée. *Nam quod quisque populus ipse sibi jus constituit, id ipsius proprium civitatis est; vocaturque jus civile, quasi jus proprium ipsius civitatis*[1].

Le législateur italien a édicté en principe que le statut personnel doit être réglé par la loi nationale. Il a ainsi accompli une œuvre plus complète et plus parfaite que le législateur français. Celui-ci admet que le statut personnel des Français doit être considéré comme régi par la loi française, qui étend son autorité même sur les Français qui se trouvent à l'étran-

[1] L. 9 Dig. lib. I. tit. I.

ger; mais il ne proclame pas formellement la même règle à l'égard des étrangers, en disposant que leur loi nationale doit leur être applicable même quand ils sont en France. Le législateur italien, ayant établi en principe, dans les articles 6 et 8 des dispositions préliminaires du Code civil, que l'état et la capacité des personnes, les rapports de famille et les successions doivent être régis par la loi nationale de la personne, a par là même reconnu indirectement que la compétence législative à l'égard de la condition civile, des rapports de famille et de la succession des personnes doit être attribuée au législateur de la patrie de chaque individu. Mais de ce qu'en vertu de sa compétence législative à l'égard des Italiens, il a pu déclarer permanente en ce qui les concerne l'autorité de leur loi nationale, en tant qu'elle détermine leurs droits civils et les droits privés qui en résultent, notamment ceux concernant la transmission de leur patrimoine, peut-on induire qu'il a voulu imposer la même règle à tous les Etats du monde?

Si les Anglais et les Américains, en se donnant la loi qui pouvait leur mieux convenir, ont établi que, pour accepter comme son statut personnel la loi d'un pays étranger, le citoyen anglais ou américain n'est pas dans la nécessité de renoncer à sa nationalité, mais qu'il est seulement tenu d'établir son domicile dans ce pays; si le législateur anglais partant de là, a consacré la règle que l'état et la capacité juridiques des Anglais et la transmission de leur patrimoine mobilier doivent être régis d'après la loi du domicile, comment pourra-t-on méconnaître la compétence législative de la souveraineté britannique à cet égard, ou la liberté civile des Anglais d'agir en conformité de la loi de leur pays?

Vainement on dira, qu'aux termes de la règle formulée par le législateur italien, le rapport dérivant de la qualité de citoyen d'un Etat donné est réputé constant et permanent, et que le rapport entre le citoyen et le pays auquel il appartient est aussi déclaré constant et permanent, de sorte qu'il ne pourrait pas être permis de se soumettre à une loi étrangère

pour en faire dépendre son état, sa capacité et ses rapports de famille. Cet argument serait décisif à l'égard d'un Italien, puisque son statut personnel est régi par sa loi nationale et que cette loi dispose que la qualité de citoyen sert à déterminer le rapport permanent entre le citoyen italien et sa loi nationale relative à sa condition civile, à sa capacité et à ses rapports de famille, et que dès lors il est naturel qu'il ne puisse pas lui être permis de se soumettre à une loi étrangère, pour en faire dépendre son état et sa capacité personnels.

En étendant la force obligatoire de la loi italienne à tous les habitants du monde et à toutes les souverainetés, on arriverait à méconnaître le principe fondamental de la compétence législative.

Cette compétence à l'égard des personnes doit être attribuée au souverain de l'Etat dont elles dépendent. Il appartient dès lors au souverain de chaque Etat de formuler les règles qui concernent les rapports des citoyens avec la loi et de dire si ces rapports doivent être absolument permanents ou peuvent être modifiés à la suite de certains faits accomplis volontairement par les citoyens. Or si le souverain de l'Etat étranger a disposé en principe que les rapports du citoyen avec la loi de cet Etat peuvent être modifiés par l'effet de la circonstance du domicile établi à l'étranger, non à l'égard du statut public et des droits politiques qui en résultent, mais en ce qui concerne la condition civile et les droits privés, en déclarant que cette condition et ces droits devront être régis par la loi du domicile, et que, par exemple, cette loi s'appliquera à la succession mobilière, pourra-t-on alors, sans méconnaître les principes de la compétence législative, décider que ces dispositions du législateur étranger ne devront avoir aucune autorité à l'égard de ses nationaux, et admettre, par application de la loi italienne, qu'on leur imposera, que la validité de leur testament et la dévolution héréditaire de leur patrimoine mobilier devront être appréciées d'après leur loi nationale, et non d'après la loi de leur domicile ?

Est-ce que par hasard le rapport entre la personne et la loi ne pourrait pas être modifié par suite d'un fait volontaire accompli par l'homme ?

Est-ce qu'on n'admet pas, même dans le système qui donne la préférence à la loi nationale, que le rapport entre la personne et la loi peut être modifié par suite du fait volontaire du citoyen, qui renonce à sa nationalité d'origine pour devenir citoyen d'un autre Etat ?

Pour nous, il nous parait clair que c'est là une manière différente d'envisager la question, mais qu'une chose vaut l'autre. Nous disons qu'une chose vaut l'autre, parce qu'en réalité, d'après la règle que certains Etats se sont imposée, l'homme demeure lié à la loi qui le régit par le fait de sa qualité de citoyen de cet Etat, mais que cela dépend entièrement de sa volonté: puisqu'il peut modifier son statut personnel en changeant de nationalité. D'après le principe contraire édicté par d'autres Etats, le statut public de la personne dépend de sa nationalité, tandis que le statut privé dépend du domicile, de sorte que chacun peut modifier la loi qui régit son statut privé, en fixant son domicile à l'étranger.

On dira peut-être que les règles législatives édictées par un souverain à l'égard des personnes doivent avoir une autorité également absolue, aussi bien sur les étrangers que sur les citoyens.

1353. — Pour nous la question se réduit toujours à préciser les limites de l'autorité de la loi d'après les principes fondamentaux de la compétence législative. Ainsi que nous l'avons déjà dit, cette compétence à l'égard des personnes appartient au souverain de chaque Etat sur ses nationaux. Par conséquent les règles, qu'il édicte pour déterminer la condition civile de ses citoyens même en pays étranger dans le domaine de leurs droits privés, doivent être reconnues intégralement, parce qu'elles font partie du statut personnel.

A quoi dès lors se réduit la question du renvoi ? A notre

sens, il n'y a lieu ni de renvoyer ni de ne pas renvoyer, il s'agit seulement de reconnaître que la condition civile de chacun et les droits privés qui en résultent, en y comprenant ceux qui ont trait à la continuation de la personne au moyen de la succession, doivent être déterminés et réglés d'après la loi que s'est donnée l'Etat auquel appartient l'individu. Par conséquent lorsque le législateur de cet Etat a formulé des dispositions pour indiquer la loi régulatrice de la condition civile et des droits privés de ses citoyens résidant à l'étranger, ces dispositions doivent être réputées un élément intégrant du statut personnel et doivent être appliquées d'une façon absolue par le magistrat appelé à se prononcer sur cette condition et sur ces droits, sauf le cas où la loi étrangère porterait atteinte à l'ordre public ou au droit social.

1354. — Les partisans de la doctrine, suivant laquelle les règles de droit civil de chaque Etat relatives à l'autorité et à l'application des lois étrangères doivent avoir une force impérative pour le magistrat territorial, telle qu'il doit les appliquer sans tenir compte de la circonstance que le législateur étranger a formulé des dispositions différentes ou contraires, ont mis en avant comme argument décisif, la raison que ces règles auraient la même autorité que les dispositions d'ordre public [1].

Cela peut être soutenu en ce qui concerne les règles édictées par le législateur en vertu de la compétence territoriale, mais il ne nous semble pas qu'on puisse dire la même chose des règles formulées en vertu de la compétence législative personnelle. En effet quel intérêt social ou public pourrait justifier la soumission forcée des étrangers aux règles législatives édictées par le souverain territorial en ce qui concerne la condition civile des citoyens et les droits privés qui en résultent ?

[1] Catellani, *Del conflitto fra norme di Diritto int. privato*, p. 53.

Voudrait-on par hasard supposer que le souverain d'un Etat puisse s'arroger un pouvoir absolu, non seulement pour régler la condition civile et le statut privé des citoyens au moyen des règles qu'il considère comme les meilleures, mais encore pour assujettir les étrangers au système législatif qu'il a édicté et pour faire ainsi table rase de la compétence législative du souverain de ces derniers, en méconnaissant les principes promulgués par lui ? Comment pourrait-on mettre en avant une raison d'ordre public pour justifier un semblable abus d'autorité ?

Il nous semble que les juristes contemporains, qui soutiennent cette opinion contraire à la nôtre, en arrivent à porter une atteinte sérieuse à la haute conception, qui sert de base à tout le système admis par le législateur italien en ce qui concerne l'autorité tant territoriale qu'exterritoriale des lois et en ce qui concerne le fondement du statut personnel et la liberté civile qui appartient à tout homme.

1355. — Pour mettre en évidence les inconvénients qui peuvent résulter de ce système, supposons qu'un citoyen d'un pays, où est consacrée la règle que la succession légitime doit être régie par la loi du domicile, ait établi son domicile en Italie et y meure intestat, et qu'aux termes de la loi de ce pays on admette la prépondérance des' lignes ou la répartition par têtes entre les ascendants, ou bien le privilège de masculinité, ou d'autres règles distinctes de celles consacrées par le législateur italien.

N'ayant pas fait de testament, la présomption légale est qu'il a voulu que sa succession soit dévolue d'après la loi. Comme d'autre part on ne peut pas supposer qu'il ignorait la loi de son pays, on doit admettre qu'ayant établi son domicile en Italie, il a voulu se soumettre à la loi italienne conformément aux dispositions de sa loi nationale.

En admettant la théorie contraire à la nôtre et en partant du principe édicté par le législateur italien dans l'article 8 des dispositions générales du Code civil, que la succession

doit-être régie par la loi nationale, et de plus en considérant ce principe comme obligatoire pour les magistrats italiens, on devrait décider que la succession de cet étranger devrait être réglée par la loi de sa patrie. Il en serait ainsi malgré la présomption légale que cet individu, en ne faisant pas de testament, a voulu adopter le système consacré par la loi italienne, à laquelle il devait être réputé soumis d'après son statut personnel, et que dès lors, pour respecter la liberté civile et la volonté présumée du défunt, on ne pourrait pas se dispenser de déférer la succession d'après la loi italienne qui est la loi de son domicile. On irait ainsi contre la volonté présumée de ce même individu, qui aurait fixé son domicile en Italie, en sachant que par-là même, en vertu du droit que lui conférait sa loi nationale, il se soumettait volontairement à la loi italienne relative à la succession *ab intestat*. On devrait donc admettre l'ordre de la succession d'après la loi nationale de l'étranger et par conséquent la prépondérance des lignes, ou la répartition par têtes entre les ascendants contrairement à la volonté présumée du *de cujus* et aux dispositions édictées par le législateur de son pays, à qui d'après les principes du droit international il appartient de déterminer la loi qui doit régir la succession de ses citoyens.

Nos adversaires ne s'aperçoivent pas, qu'en voulant appliquer le principe qui est la base du système consacré par le législateur italien, ils aboutissent à violer ce principe lui-même.

1356. — Il nous semble que ce qui a égaré les partisans de cette doctrine, c'est qu'ils ont voulu voir une sorte de conflit non encore étudié dans la question de la concurrence des règles édictées par les législateurs d'Etats différents au sujet des principes qui doivent régir l'autorité territoriale et l'autorité exterritoriale des lois.

Pour fixer exactement les limites de l'autorité des règles législatives concernant le droit international privé, il faut s'inspirer des principes juridiques, d'après lesquels on déter-

mine quelles sont les lois qui peuvent avoir le caractère de statut personnel et celles qui peuvent avoir le caractère de statut réel, en d'autres termes quelles sont les dispositions législatives qui doivent accompagner partout la personne et celles qui doivent avoir une autorité impérative à l'égard de tous les individus qui se trouvent sur le territoire et à l'égard de toutes les opérations juridiques accomplies sur ce même territoire.

Pour nous le principe est simple : les règles législatives concernant le Droit international privé édictées en vertu de la compétence législative personnelle doivent avoir la même autorité que le statut personnel, parce qu'elles en sont un élément intégrant ou complémentaire. Elles doivent dès lors être applicables aux personnes qui, en raison de leur nationalité, doivent être considérées comme soumises au législateur dont elles émanent [1].

[1] A la Conférence réunie à La Haye en 1893 pour établir d'accord certaines règles de droit international privé relatives au mariage des étrangers, l'idée qui a prévalu, c'est qu'on devait reconnaître l'autorité de la loi du domicile dans le cas où elle serait désignée comme la loi régulatrice de la loi nationale des époux. L'article 1[er] des dispositions relatives au mariage a été en effet ainsi rédigé : « Le droit de contracter mariage « est réglé par la loi nationale de chacun des futurs époux, sauf à tenir « compte, soit de la loi du domicile soit de la loi du lieu de la célébra- « tion, si la loi nationale le permet. En conséquence et sauf cette réserve, « pour que le mariage puisse être célébré dans un pays autre que celui « des époux ou de l'un d'eux, il faut que les futurs époux se trouvent « dans les conditions prévues par leur loi nationale respective. »

Les raisons, pour lesquelles les commissaires des gouvernements se mirent d'accord sur cette rédaction, sont ainsi exposées dans le rapport « fait par Renault : « Quand on dit que la loi nationale est compétente « pour régler le droit de contracter mariage, on se réfère aux dispositions « de cette loi sur les diverses conditions exigées. Mais il peut se faire que « cette loi ne se préoccupe pas d'imposer ses prescriptions à ses nationaux « qui sont à l'étranger et les laisse seulement soumis aux lois du pays où « ils sont domiciliés (voyez par exemple loi fédérale suisse de 1874).

« En pareil cas, on se conformera à la loi nationale elle-même des fu- « turs époux en appréciant leur capacité d'après la législation de leur « domicile. Même il se pourrait que la loi nationale, allant plus loin encore, « admette que la loi du lieu de la célébration peut régler pleinement les « conditions de validité du mariage quant au fond.

Au contraire les règles promulguées en vertu de la compétence territoriale ne peuvent avoir d'autorité effective et de force juridique obligatoire que dans limites du territoire soumis à l'empire du souverain dont elles émanent.

Il est dès lors clair pour nous, qu'ainsi se trouve écartée toute controverse au sujet de la question dite du renvoi et du cas plus compliqué de deux ou trois renvois occasionnés par des dispositions législatives différentes.

Etant admis le principe que la condition civile de la personne, la capacité de s'obliger par contrat ou autrement, les rapports de famille, la capacité de faire un testament, l'ordre des successions, la mesure des droits successifs et les autres rapports analogues, qui dérivent du statut privé de chacun, doivent être régis par la loi de son pays, qui constitue pour tout individu son statut personnel, il faut admettre que le citoyen de chaque Etat doit pouvoir se considérer comme soumis ou non à la loi de son domicile, suivant les dispositions de la législation de sa patrie.

Par conséquent, lorsque le législateur d'un Etat aura admis la règle que la succession de ses nationaux domiciliés à l'étranger doit être régie par la loi de leur domicile, en disposant que cette loi devra également servir à déterminer la valeur intrinsèque des dispositions testamentaires, on devra apprécier ces rapports d'après cette loi du domicile, pour le motif qu'il s'agit d'une question de statut personnel qui doit être réglée souverainement par le législateur du pays auquel appartient la personne.

La soumission volontaire de la personne à la loi étrangère, par suite du fait volontaire de la fixation du domicile à l'étranger conformément à son statut personnel, serait la juste conséquence de l'autorité de ce statut.

« On ne saurait alors, dans le lieu de la célébration, exiger autre chose « que l'observation des dispositions de la loi locale : en agissant ainsi, on « se conformera à la loi nationale elle-même et on ne peut avoir la pré« tention de mieux protéger ses nationaux qu'elle ne le fait elle-même. » (*Actes de la Conférence de La Haye*, 1893-1894, pag. 46.)

Nous nous réservons d'examiner plus bas le cas anormal, où un souverain, en vertu de sa compétence territoriale, aurait abusivement empiété sur le domaine de la compétence personnelle. Nous l'étudierons au § 1358.

1357, — Pour ne pas compliquer inutilement cette question et pour nous en tenir toujours à l'idée qui, à notre sens, la domine, nous nous référerons aux deux systèmes bien distincts de législation positive, c'est-à-dire à celui consacré par le législateur italien et à celui admis par le législateur argentin en matière de succession, en examinant le cas d'un citoyen de la République Argentine, qui décède en Italie où il a son domicile.

Aux termes de l'article 8 des dispositions générales du Code civil italien, la succession légitime de cette personne, soit à l'égard de l'ordre de la succession, soit à l'égard des droits successifs, devrait toujours être réglée par la loi nationale du défunt, c'est-à-dire par la loi argentine.

Or, aux termes de cette loi, non seulement les immeubles sont soumis à la loi territoriale, mais il en est de même des meubles qui ont une situation permanente. Quant à la succession, le législateur argentin admet bien la théorie de l'universalité et de l'unité de celle-ci ; mais, en ce qui concerne la loi qui doit la régir, il dispose que, sans avoir égard ni à la situation des biens héréditaires, la transmission de tout le patrimoine doit être régie par la loi du domicile du défunt.

En effet l'article 3283 du Code civil de la République Argentine est ainsi conçu : « Le droit de succession au patri-« moine du défunt est régi par le droit local du domicile que « le défunt avait au moment de sa mort, soit que ses « héritiers soient des nationaux, soit qu'ils soient des « étrangers ».

Cette règle ainsi formulée d'une manière absolue s'étend évidemment aussi bien à la succession des étrangers qu'à celle des nationaux. Néanmoins ici nous nous limiterons à en examiner la portée à l'égard des nationaux seulement.

Il est à noter tout d'abord, qu'étant donné que le législateur argentin admet la doctrine éminemment juridique que le patrimoine du défunt doit être considéré comme un tout indivisible, la règle consacrée par l'article 3283 s'applique évidemment à la succession de l'Argentin décédé dans un pays étranger où il avait son domicile, et que dès lors les immeubles de ce défunt situés dans la République Argentine seront dévolus en conformité de la loi de son domicile à l'époque de sa mort[1].

En vertu des règles formulées dans les articles 10 et 11 du Code argentin, qui soumettent à la loi territoriale les immeubles et les meubles qui ont une situation permanente sur la territoire, le droit local est applicable en ce qui concerne la prise de possession des biens composant la succession et les conséquences juridiques dérivant de la possession. Toutefois, pour ce qui concerne les droits successifs et le régime de la succession, on reconnait l'autorité de la loi du domicile légal sur la succession de l'Argentin décédé dans un pays étranger où il était domicilié, et on admet même que cette loi sera applicable à la partie du patrimoine du défunt située sur le territoire argentin[2].

Nous croyons devoir noter que, lorsqu'il s'agit de déterminer le domicile légal d'un défunt, on n'attribue pas une importance prépondérante au domicile d'origine, qui peut dépendre de la nationalité et avoir son siège dans la patrie du *de cujus* ; mais qu'on tient compte de la résidence habituelle de la personne et de la famille, ainsi que du centre principal des affaires et des intérêts.

Etant données les législations respectives de l'Italie et

[1] Voir à ce sujet l'important article, *De la condition légale des étrangers dans la République Argentine*, *Journal de Dr. internat. privé*, 1886, p. 286, par Daireaux, ancien avocat du barreau de Buenos-Ayres.

Les mêmes principes sont admis en Angleterre aux termes de la jurisprudence.

[2] Voir l'article cité, p. 284-296.

de la République Argentine, comment devrait être réglée la succession d'un Argentin décédé en Italie où il était domicilié ?

D'après la théorie de jurisconsultes éminents, et notamment de Labbé, Lainé, Pillet, Despagnet, Catellani, Buzzati et Anzilotti, le législateur italien, ayant édicté que la succession doit être régie par la loi nationale, a par là même indiqué impérativement à ses magistrats la loi qu'ils doivent appliquer. Par conséquent les juges italiens, sans avoir égard aux dispositions de la loi argentine, devraient décider d'après le Code argentin quels seraient les héritiers légitimes et quelle serait la validité intrinsèque des dispositions testamentaires Le législateur italien, dit Catellani, ayant indiqué la règle de la succession de l'étranger, l'a fait par une disposition qui doit avoir un caractère absolu et qui doit être assimilée aux règles de Droit public et d'ordre public. Le législateur, ajoute-t-il, s'est inspiré d'une idée de justice et de compétence, en décidant que la loi la plus compétente pour régir l'état et la capacité de la personne, et par conséquent la succession du *de cujus* est celle de la patrie[1].

Dès lors, d'après cette doctrine, les magistrats italiens devraient appliquer la loi de la République Argentine, de la même façon que si le défunt n'avait jamais abandonné son domicile d'origine.

Tel n'est pas notre avis. Nous ne saurions en effet, comme nous l'avons déjà dit, reconnaître d'une façon générale et absolue à toutes les règles de Droit international privé édictées pas le législateur de chaque Etat le caractère de dispositions de Droit et d'ordre publics. Nous admettons bien que ce caractère est inhérent aux règles de Droit interne relatives aux étrangers et édictées en vertu de la compétence territoriale, à celles en d'autres termes qui doivent avoir l'autorité de statut réel, soit parce qu'elles concernent les biens immobiliers qui constituent le territoire ou les biens meubles loca-

[1] Catellani, *Del conflitto fra norme di Diritto int. privato*, p. 53-54.

lisés qui font partie du territoire tant qu'ils s'y trouvent, soit parce qu'elles concernent l'ordre public, les intérêts collectifs et le droit social.

Nous ne pouvons pas attribuer le même caractère aux règles de Droit international privé édictées en vertu de la compétence personnelle ; car si elles ont également une autorité absolue et impérative, c'est seulement à l'égard des personnes soumises à l'autorité du législateur. Aucun souverain ne pourrait, sans excéder les limites de sa compétence législative, s'arroger le rôle de législateur du monde entier, de façon à pouvoir imposer à tous les Etats et à toutes les personnes qui appartiennent à ces Etats des règles s'appliquant à leur condition civile et aux droits privés résultant de cette condition.

Le législateur italien a sanctionné le principe que le statut personnel et la succession doivent être régis par la loi nationale. Nous admettons avec Catellani (p. 53) que cette règle a été édictée par ce législateur, parce qu'il l'a considérée comme la plus conforme aux principes de la compétence législative et comme la plus propre à servir de base dans l'avenir à un système universel de Droit international privé. Nous admettons aussi l'idée juste qui a inspiré le législateur italien et qui inspire aussi les juristes italiens dont nous combattons la doctrine, que le mieux ce serait de voir tous les autres Etats adopter successivement les règles édictées dans le Code civil italien.

Pourrait-on cependant conclure de là que, pour aboutir à ce résultat, on devrait contraindre indirectement tous les Etats et toutes les personnes, sans distinction de nationalité, à observer les règles formulées par le législateur italien en ce qui concerne la loi régulatrice de la condition civile et des droits personnels ? C'est là une prétention qui nous semble injustifiable.

Le législateur italien a pu considérer comme le meilleur système, celui d'après lequel la qualité de citoyen doit être la base, non seulement des droits politiques, mais aussi des

droits privés civils. Il a dès lors attribué à sa loi concernant les droits civils de ses propres citoyens (en y comprenant les droits concernant la transmission du patrimoine aux héritiers du défunt) l'autorité nécessaire pour déterminer et régir ces droits, même quand les citoyens italiens se trouvent en pays étranger. C'est là la loi civile que le peuple italien s'est donnée à lui-même, *jus quod populus ipse sibi constituit.*

Le peuple argentin, en formulant son droit civil, a au contraire admis la règle que, si la qualité de citoyen est le fondement des droits politiques et que si elle peut être la base d'autres droits spéciaux attribués par la loi, cependant les droits civils et les droits privés et personnels qui en résultent doivent être régis par la loi du domicile, c'est-à-dire par celle du pays où l'Argentin réside habituellement et a fixé le centre de ses affaires et de ses intérêts. C'est là le droit que ce peuple *ipse sibi constituit.* Que ce droit ou celui de peuple italien soit le meilleur, il n'y a pas lieu de le rechercher. Ce qui pour nous est incontestable, c'est la pleine liberté pour chacun de ces deux peuples de se donner le droit qui lui convient.

En vertu de cette loi, que l'Argentin ne peut pas ignorer et à l'autorité de laquelle il ne saurait se soustraire (parce s'il le voulait il renoncerait à sa nationalité en se faisant naturaliser dans un pays régi par une loi différente), en établissant son domicile en Italie, il se soumet à l'empire de la législation italienne qui, aux termes de la loi de son pays, doit régir sa succession.

Admettons, qu'après la mort de l'Argentin, le juge italien doive, conformément à notre code, appliquer la loi de la République Argentine. Comme cette loi comprend la disposition de l'article 3283 du code civil argentin, il nous semble impossible que ce magistrat puisse se dispenser d'en tenir compte. Cette disposition fait en effet partie du statut personnel et, bien que le législateur argentin ait réglé la condition de ses citoyens et les droits privés qui en résultent d'une façon différente de celle admise par le législateur italien, on

ne pourrait pas contester l'autorité de la loi dictée par lui à ses propres citoyens, sans violer le principe consacré par notre législateur sur l'autorité du statut personnel.

Nous n'entendons cependant pas soutenir que la règle formulée par notre législateur national ne doive pas avoir une autorité absolue et impérative pour le juge italien. Nous disons seulement que cette règle doit être appliquée d'après les justes principes, le magistrat devant observer la règle de Droit international privé formulée dans le Code civil, en présumant qu'elle a été décrétée dans les limites de la compétence de notre législateur.

Il est essentiel de noter que celui-ci a disposé en principe que la succession doit être régie par la loi nationale de la personne. Il a de plus, en ce qui concerne la loi qui doit être applicable à la personne, admis en principe que chacun doit être réputé soumis à la loi de sa patrie. Il a en outre disposé que le citoyen italien ne peut pas se soumettre à la loi étrangère, pas plus par la fixation du domicile que par aucun autre moyen, pour ce qui concerne son statut personnel, ses rapports de famille et la transmission de son patrimoine, et que par conséquent on doit toujours le considérer comme régi par la loi italienne, qui suit les Italiens même lorsqu'ils vont s'établir à l'étranger, parce qu'elle constitue leur statut personnel. Mais peut-on induire de là que le législateur italien ait également eu l'intention de rendre la même règle obligatoire pour tous les étrangers, de façon à vouloir défendre aux législateurs des autres Etats de fixer autrement que lui la loi régulatrice de la condition civile et des droits privés de leurs nationaux, qui vont fixer leur domicile dans d'autres pays ?

Si l'Argentin peut, tout en conservant sa nationalité, modifier son statut personnel par la seule fixation de son domicile à l'étranger, pourrait-on, lorsque ce sera en Italie qu'il sera venu ainsi établir volontairement le centre de ses affaires, décider contrairement à l'article 3283 de son code civil, que sa succession sera régie, non par la loi italienne, mais par la loi argentine ?

Nous ne pouvons pas admettre une semblable décision, parce qu'elle nous semble contraire aux principes généraux qui sont la base de la communauté juridique des Etats civilisés et à ceux qui doivent assurer le respect international des droits de l'homme.

Nous disons contraire aux principes généraux de la communauté juridique parce que, pour établir cette communauté, il faut admettre que tout rapport juridique doit demeurer partout soumis à l'empire de la loi émanée du souverain à qui appartient la compétence législative, loi qui suivant la nature des choses et le caractère essentiel du rapport doit régir ce rapport. Dès lors les droits civils et personnels qui ont pour fondement l'état de la personne doivent être toujours soumis à l'empire de la loi civile de l'Etat dont l'individu est citoyen.

Nous disons aussi contraire aux principes qui doivent assurer le respect international des droits de l'homme, parce qu'aussi nous l'avons nettement démontré dans d'autres études[1], un des droits internationaux de l'homme consiste, non seulement à pouvoir réclamer la faculté de choisir librement l'Etat auquel il entend appartenir et celui où il veut établir le centre de ses affaires et de ses intérêts, mais aussi à pouvoir exiger l'application de la loi de son pays qui détermine sa condition juridique, ses droits civils et la continuation de sa personnalité par la transmission héréditaire de son patrimoine, sous la seule restriction que l'application de cette loi ne porte aucune atteinte au Droit public territorial, ni aux lois concernant l'ordre public ou protégeant le Droit social.

Ceci bien considéré, il nous semble plus conforme aux vrais principes d'admettre, que les règles de droit international privé, consacrées en vertu de la compétence législative

[1] Fiore, *Diritto internazionale codificato*, 3e édit. § 555 (Unione Tipografico-Editrice, Turin); et *Discours prononcés à la Conférence du Jeune Barreau de Bruxelles suivis de notes*, Appendice, p. 11. (Ouvrage hors du commerce, déposé dans les principales bibliothèques du royaume d'Italie).

personnelle pour déterminer le principe régulateur de l'état des personnes et de leurs droits personnels, font pour les citoyens partie intégrante de leur statut personnel, et par conséquent les accompagnent à l'étranger. Dès lors le magistrat de tout Etat où on reconnait l'autorité du statut personnel doit les appliquer à ces citoyens, nonobstant qu'elles diffèrent des lois locales applicables aux citoyens du pays auquel appartient le juge.

1358. — Maintenant nous allons examiner le cas suivant dont nous avons réservé l'étude, celui où, en vertu de l'autonomie et de l'indépendance qui appartiennent incontestablement à tout souverain, un législateur a lui-même formulé les règles de droit international privé relatives au statut personnel et à la condition civile des étrangers.

En fait, on constate que, tandis que la législation de certains pays consacre la règle que les lois civiles obligent les citoyens qui vont à l'étranger et constituent pour eux leur statut personnel, elle formule à l'égard des étrangers la règle différente que ceux qui sont domiciliés dans l'Etat sont réputés soumis aux lois civiles de cet Etat. C'est ainsi notamment que dispose le Code autrichien, art. 4 et 35. De même, aux termes des dispositions générales de la loi allemande du 7 août 1896, la capacité de contracter, à moins qu'il ne s'agisse d'opérations juridiques inhérentes au droit de famille, est régie par la loi allemande pour les opérations juridiques accomplies dans l'Empire. D'après la législation de la République Argentine, la succession est réglée par la loi du domicile, même lorsqu'il s'agit de la succession d'un étranger.

Dès lors la succession d'un Italien ou d'un Allemand domicilié dans cette République serait régie par le Code civil argentin, bien qu'aux termes des Codes italien et allemand, elle dût l'être partout par la loi nationale, (art. 6 et 8 des dispositions préliminaires du C. civ. italien et art. 24 de la loi allemande introductive du Code civil).

Quelle sera l'autorité des règles de droit international privé ainsi promulguées par le législateur d'un Etat?

Il est hors de doute que les lois, qu'elles soient ou non conformes aux vrais principes du droit, doivent avoir leur force juridique et impérative dans l'Etat où elles ont été promulguées, et que le juge de cet Etat, qui est tenu de juger d'après la loi, sans pouvoir en examiner ou en discuter le fondement, doit observer la prescription édictée par son souverain. Cependant comme, dans les rapports internationaux, on ne saurait attribuer l'autorité exterritoriale qu'aux lois promulguées par chaque souverain en vertu et dans les limites de sa compétence législative, il va de soi que la force juridique de telles prescriptions doit s'arrêter à la frontière de l'Etat et qu'elles ne sont obligatoires que pour les tribunaux du pays où elles ont été promulguées.

Par conséquent, dans l'hypothèse que nous examinons, un tribunal argentin ne pourrait, s'agissant de la succession d'un Allemand domicilié sur le territoire de la République argentine, se dispenser d'appliquer la loi de son pays. Mais si la décision de ce tribunal pouvait produire certaines conséquences juridiques en Allemagne ou en Italie, les magistrats de l'un ou l'autre de ces pays ne devraient lui reconnaître aucune force exécutoire. En effet le législateur allemand dispose de la façon suivante dans l'article 24 précité : « La succession d'un Allemand, même s'il avait son domicile « à l'étranger, est réglée par les lois allemandes » et l'article 8 des dispositions préliminaires du Code civil italien dit que la succession doit être régie par la loi nationale du défunt.

Le tribunal allemand ou le tribunal italien appelés à juger les difficultés relatives à une telle succession devraient naturellement, sans tenir compte du Code argentin, les trancher d'après la loi allemande, si le défunt était allemand et d'après la loi italienne s'il était italien.

On ne pourrait alors éviter la contrariété des décisions judiciaires. Il en serait de même dans tous les cas analogues : s'il s'agissait, par exemple, des rapports de famille, lors-

qu'aux termes du statut personnel ils devraient être régis par la loi nationale à l'égard des citoyens contractant mariage à l'étranger, tandis que d'après la *lex fori* ils devraient être régis par la loi du domicile, ou par celle du lieu de la célébration du mariage.

Un tel état de choses doit cependant être considéré comme anormal. Il provient en effet de ce que les souverains, ne s'étant pas mis d'accord pour fixer les limites de leur compétence législative, exercent souvent leur pouvoir de faire des lois sans observer les vrais principes. Il arrive dès lors, qu'en vertu de leur compétence territoriale, certains législateurs envahissent le domaine de la compétence personnelle et, après avoir disposé que les lois civiles de l'Etat doivent suivre les citoyens à l'étranger, ils édictent ensuite que les étrangers doivent être soumis à la loi locale ou à celle du domicile. Ils dérogent ainsi à la règle qu'ils ont formulée, sous le prétexte de protéger les intérêts de leurs nationaux.

Il faut donc admettre que les règles de droit international privé édictées à l'égard des étrangers par les législateurs des divers pays ne peuvent avoir aucune autorité exterritoriale, lorsqu'elles constituent une usurpation évidente sur la compétence législative personnelle.

Nous avons dit plusieurs fois que les lois civiles de chaque Etat, qui ont pour objet les droits des personnes, sont obligatoires pour les citoyens, qui doivent rester soumis à leur autorité même lorsqu'il vont à l'étranger. Quant aux étrangers, ils ne peuvent être soumis à l'empire des lois qui ont pour objet les droits des personnes que d'une façon limitée, et seulement pour ce qui concerne l'ordre public ou le droit social. Par conséquent, si le législateur d'un Etat dispose que les lois qui déterminent les droits personnels, les relations personnelles privées des citoyens ou l'ensemble des droits héréditaires fondés sur des relations purement personnelles, obligent même les étrangers, cette disposition pourra produire effet sur le territoire soumis à son empire. Elle sera également obligatoire pour les tribunaux de l'Etat, puisque les

magistrats ne peuvent pas se dispenser de juger conformément à la loi de leur pays. Mais, dans les rapports internationaux, cette disposition devra être réputée complètement inefficace. Elle ne saurait en effet être considérée que comme le résultat d'une usurpation du pouvoir législatif.

Notre conclusion est la juste conséquence de l'idée sur laquelle nous avons basé toute notre argumentation. En effet le principe de l'autorité territoriale ou exterritoriale des règles du droit international privé est celui sur lequel repose l'autorité territoriale ou exterritoriale de toute disposition législative. Tout se réduit toujours à déterminer la compétence législative, puisque la limite de l'autorité de la loi doit être précisée par la détermination de cette compétence.

1359. — Pour nous résumer, nous dirons qu'on ne peut attribuer à aucune souveraineté l'autonomie absolue, puisque si on peut admettre l'exercice autonome et indépendant du pouvoir législatif de la part de tout souverain, c'est avec les justes restrictions imposées par le droit international [1].

Aucun législateur ne saurait dès lors avoir la prétention de s'arroger la compétence législative, qui ne peut pas lui appartenir d'après la nature des choses, ni d'édicter des règles de droit international privé concernant la condition civile des personnes et les droits privés des étrangers, ou concernant leurs relations personnelles basées sur l'état personnel et les rapports de famille de ces mêmes étrangers, ou bien se référant au règlement de leurs droits héréditaires ayant pour fondement des relations purement personnelles en cas de succession étrangère. Toutefois il faut faire une réserve à l'égard de

[1] Voir notre Droit international codifié, 3e édit: § 141 et § 166, où on lit: « Le pouvoir appartenant à chaque souverain de régler librement par ses « propres lois les questions relatives à la condition juridique des étrangers, « à leurs droits sur les biens, aux successions, à l'exécution des sentences « étrangères et autres questions semblables, doit être exercé de façon à « concilier l'indépendance de chaque Etat avec les intérêts généraux et « avec le Droit international. »

l'autorité de certaines lois concernant ces mêmes rapports. Ces lois peuvent être déclarées expressément applicables même aux étrangers, quand il s'agit de protéger les droits et les intérêts sociaux et l'ordre public de l'Etat.

Les souverains des Etats civilisés ont le devoir d'en réaliser la communauté juridique, en se mettant d'accord pour formuler les règles de la compétence législative de chacun d'eux et pour fixer les limites de cette compétence, de façon à déterminer et à préciser ainsi l'autorité de leurs lois respectives dans les rapports internationaux et les justes restrictions à imposer aux magistrats de chaque Etat appelés à appliquer le droit étranger à un rapport juridique contesté.

Tant que cet accord n'aura pas été réalisé, on devra reconnaître à chaque législateur le pouvoir de formuler des règles au sujet de l'autorité tant territoriale qu'exterritoriale des lois qui doivent produire effet dans le domaine des rapports internationaux, à la condition toutefois de se maintenir dans les limites de la compétence législative, telle qu'elle résulte des principes du Droit international. Donc, en principe, ces règles ne doivent être présumées promulguées par aucun souverain, que dans les limites de sa compétence législative.

Par conséquent, pour déterminer l'autorité des dispositions législatives formulant des règles de droit international privé et pour préciser les limites de la force juridique de ces dispositions, le juge doit se reporter aux principes, d'après lesquels on doit fixer l'autorité des lois qui font partie du statut personnel ou du statut réel. Dès lors le juge doit appliquer ces dispositions, en admettant leur autorité à l'égard des seuls citoyens de l'Etat, ou à l'égard de tout le monde, suivant qu'en raison de leur nature et de leur caractère elles doivent être considérées comme comprises dans le domaine du statut personnel ou dans celui du statut réel.

CHAPITRE IV

DU DOMICILE ET DE LA QUALITÉ DE CITOYEN DANS LEURS RAPPORTS AVEC LA LOI RÉGULATRICE DE LA SUCCESSSION.

1360. Comment la qualité de citoyen et le domicile peuvent-ils influer sur le réglement de la succession. — **1361.** L'idée juridique du domicile n'est pas uniforme dans les diverses législations. — **1362.** D'après quelle loi doit-on déterminer la conception juridique du domicile. — **1363.** Le domicile dans ses rapports avec le statut personnel. — **1364.** Le domicile dans ses rapports avec le statut réel. — **1365.** Du domicile légal et du domicile de fait. — **1366.** Divers points de vue sous lesquels peut se présenter la question du domicile dans ses rapports avec la loi qu'on doit appliquer pour la résoudre. — **1367.** La question du domicile du *de cujus* dans l'intérêt des tiers. — **1368.** La question du domicile du défunt suivant la *Common law.* — **1369.** La qualité de citoyen par rapport à la loi régulatrice de la succession. — **1370.** Comment les magistrats doivent-ils décider la question relative à la qualité de citoyen du défunt. — **1371.** De l'efficacité de la sentence étrangère relative à la qualité de citoyen du défunt — **1372.** La question de la qualité de citoyen devant les tribunaux d'un Etat tiers.

1360. — Il résulte de ce que nous avons dit dans les chapitres précédents, que le magistrat appelé à résoudre des litiges relatifs à la succession doit en principe observer les règles posées par le législateur de l'Etat, et dans lesquelles a été désignée la loi qu'il doit appliquer.

Il peut se faire, qu'aux termes de la *lex fori*, on désigne comme loi de la succession celle de l'Etat dont le défunt était citoyen. Alors, pour déterminer cette loi, il faut tout d'abord rechercher à quel Etat ce défunt appartenait: nous examinerons cette question plus loin.

Il peut se faire au contraire, qu'aux termes de la *lex fori*, l'application de la loi territoriale dépende de la circonstance du domicile. Dans ce cas il faut rechercher d'une façon préjudicielle, si le défunt étranger doit ou non être considéré comme domicilié dans l'Etat.

Il peut finalement arriver que, d'après la *lex fori*, il soit fait une différence entre l'étranger domicilié de fait et celui qui a son domicile légal, c'est-à-dire qui est autorisé à fixer son domicile dans l'Etat en vertu d'un acte souverain. Dans cette hypothèse si, d'après la *lex fori*, il existe une différence substantielle entre le domicile de fait et le domicile légal, au point de vue de la détermination de la loi régulatrice (ainsi que cela existe notamment en France aux termes de l'article 13 du Code civil modifié par la loi du 26 juin 1889) il faudra alors que le magistrat saisi de l'affaire détermine avant tout la nature et le caractère du domicile.

1361. — Il faut dire avant tout que l'idée juridique du domicile, eu égard aux éléments de fait et d'intention requis pour le constituer, n'est pas uniforme dans toutes les législations.

D'après la théorie du législateur italien, le domicile civil d'une personne est au lieu où elle a le siège principal de ses affaires et de ses intérêts. Donc le siège juridique de la personne, qui détermine le rapport constant et permanent qui résulte du domicile, résulte de la circonstance de fait que la personne a centralisé en un lieu donné la somme de ses affaires et de ses intérêts, et de l'intention qu'elle a manifestée de vouloir contraliser les mêmes affaires et intérêts en ce lieu donné.

Quelqu'un peut dès lors avoir un séjour réel, habituel et permanent dans une localité donnée sans y avoir son domicile, puisqu'il doit être réputé domicilié au lieu où se trouve le siège principal de ses affaires et de ses intérêts, bien qu'il n'y réside pas d'une manière effective. L'élément moral déterminé par l'intention de centraliser ses affaires et ses intérêts

en un endroit donné prévaut donc dans le système italien sur l'élément réel, c'est-à-dire sur le fait de la résidence et de la demeure effective de la personne dans un lieu donné[1].

Au contraire, d'après l'idée admise dans d'autres législations, on ne comprend pas que les relations personnelles et le siège juridique de la personne puissent être déterminés par le centre principal de ses affaires et de ses intérêts : on admet au contraire qu'ils doivent être plutôt déterminés par la résidence réelle, habituelle et effective de l'individu. C'est là le système qui prévaut en Angleterre, aux Etats-Unis d'Amérique et dans les pays régis par le Droit coutumier. Chacun est réputé domicilié au lieu où il a établi son *home*, nonobstant que le siège principal de ses affaires et de ses intérêts se trouve ailleurs[2].

Etant données ces divergences législatives au sujet du domicile, qui, au point de vue de la succession, produit des conséquences juridiques importantes, il importe de rechercher d'après quelle loi doivent être déterminés les caractères juridiques du domicile.

1362. — Il résulte de l'exposé que nous avons fait des divers systèmes législatifs, qu'aux termes de certaines législ-

[1] Cela résulte clairement de l'article 16 du Code civil italien. On y distingue en effet le domicile, qui est déterminé par le siège principal des affaires et des intérêts, de la résidence, qui est le lieu où la personne à sa demeure habituelle. Le changement de résidence, aux termes de l'article 17, peut opérer celui du domicile, seulement quand la personne transporte sa demeure habituelle d'un lieu dans un autre avec l'intention d'y établir le siège principal de ses affaires et de ses intérêts. De là il résulte clairement que la demeure habituelle n'est pas par elle-même l'élément substantiel du domicile. Le domicile étant déterminé par l'ensemble des affaires, la demeure habituelle considérée isolément est un fait indifférent. Il peut dès lors exister dans le système du Code civil italien un défaut complet d'harmonie entre le siège réel et positif de la personne et le siège juridique de celle-ci.

[2] Dicey *Conflict of Law*; W. Harton, *A Digest of the international law of the United States*, T. II, 198, p. 484. *The domicil of any person is, in general, the place or country which is in fact his permanent home.* Voir sur le domicile en Droit américain les notes de Dicey sous le chapitre III de son *Conflict of Laws*, p. 157.

lations le rapport entre la personne et la loi qui doit régir la condition civile, les droits personnels et les droits résultant de la succession dépend du domicile. De là découle naturellement la question de savoir si la notion juridique du domicile doit dépendre de la loi du pays où naît le procès et où le juge est appelé à le résoudre, ou de la loi elle-même qui présume la soumission volontaire de la personne à une législation donnée par suite de la circonstance de son domicile dans un lieu déterminé.

A notre sens, la question ne peut pas être résolue d'une façon générale; mais il faut nettement préciser le point de vue d'après lequel on entend fixer le domicile, pour déterminer ensuite la loi qui doit servir à déterminer la nature et les conditions juridiques de ce même domicile.

Supposons, par exemple, que le législateur d'un pays dispose que la soumission d'une personne à une loi donnée dépende du domicile, et que par conséquent les droits civils doivent être déterminés d'après la loi de son domicile, alors les caractères de ce domicile ne peuvent pas dépendre d'une autre loi.

1363. — Pour mieux nous faire comprendre, nous prendrons des exemples, et nous supposerons qu'il s'agisse de règler la succession d'un Anglais qui avait son habitation fixe, sa résidence, en d'autres termes son *home*, en Belgique et le siège principal de ses affaires et de ses intérêts en Italie. Supposons de plus que la question soit soumise à la décision des magistrats italiens, et que ceux-ci, tenant compte de ce que la loi anglaise renvoie pour la succession mobilière à la loi du domicile, admettent qu'en vertu de la loi nationale du défunt ils sont tenus de régler la succession d'après la loi du domicile de celui-ci à l'époque du décès, et que dès lors ils doivent par voie préjudicielle décider en quel pays le *de cujus* doit être réputé avoir été domicilié.

Supposons qu'en de telles circonstances, les juges italiens, considérant le domicile comme un fait juridique, admettent

qu'ils sont tenus de se référer à la loi italienne pour déterminer le domicile du défunt et que par conséquent ils doivent décider que le siège juridique de la personne en raison du domicile doit être réputé établi en Italie ou ailleurs. Si, tenant compte du texte de l'article 16 du Code civil italien, ces magistrats regardaient l'Anglais défunt comme domicilié en Italie, pour le motif qu'il y avait le siège principal de ses affaires et de ses intérêts, et si par conséquent ils décidaient que la succession devrait être régie par la loi italienne, il nous semble que cette décision ne serait pas juridique.

Il est en effet à noter, qu'étant admis que la succession doit être régie par la loi personnelle, et que la loi du domicile doit être appliquée pour règler la succession d'un Anglais suivant les prescriptions de son statut personnel, il ne nous paraît pas possible que le domicile puisse être juridiquement déterminé par application d'une autre loi. Il nous semble en effet raisonnable d'admettre que tout doit être considéré comme un ensemble de rapports qui se rattachent au statut personnel.

Etant donné que, s'agissant de droits civils et privés, le législateur ait voulu faire dépendre le rapport de la personne avec la loi, de la soumission volontaire de la personne à cette loi : qu'il ait déduit la soumission volontaire du fait du domicile, et qu'il ait déterminé la notion juridique du domicile, on ne saurait scinder l'unité de ces prescriptions légales, qui doivent être considérées comme un tout indivisible.

Par conséquent, dans notre hypothèse, nous sommes d'avis que l'Anglais doit être réputé domicilié en Belgique et non en Italie, et que sa succession, aux termes de son statut personnel, doit être régie par la loi belge et non par la loi italienne. C'est qu'en effet le domicile légal d'un Anglais par rapport à la loi régulatrice de sa succession mobilière doit être déterminé d'après la législation anglaise, parce que cette question, qui concerne sa condition civile comme citoyen anglais, doit dans son ensemble dépendre du statut personnel.

Si en effet le pouvoir de régler la condition civile des personnes doit être réputé basé sur la compétence législative personnelle, qui doit être attribuée principalement au souverain de chaque Etat sur ses citoyens: si le souverain du pays a déterminé les circonstances de fait et de droit qui peuvent influer sur la condition civile des citoyens et qui servent à fixer la loi régulatrice de leur capacité et de la dévolution de leur succession, il nous semble logique d'admettre que les conditions de fait et de droit, dont dépendent les effets prévus et réglés par le souverain national, doivent être déterminées en conformité des dispositions légales édictées par ce même souverain pour spécifier quelles sont ces conditions. Par conséquent, étant donné que le législateur national ait disposé que la soumission volontaire de la personne à la loi doit dépendre du domicile, et ait décrété que l'autorité de la loi nationale à l'égard du citoyen doit être réputée modifiée quand celui-ci a transféré son domicile à l'étranger; étant donné en outre que ce même législateur ait en même temps prescrit que le transférement du siège juridique de chaque personne doit consister dans le transport de la résidence habituelle en une localité donnée, dans l'établissement en ce lieu de l'habitation effective et permanente, et que la translation en cet endroit du centre des affaires indépendamment de la résidence effective et habituelle ne peut par elle seule suffire, tout cela donné, il nous semble clair que l'ensemble de tous les éléments, qui d'après la *mens legislatoris* doivent concourir pour la détermination de la loi qui doit régir la condition civile et les droits privés des citoyens, doit être considéré comme un tout indivisible; car ces éléments considérés dans leur ensemble font partie du statut personnel. Il nous paraît impossible, sans rompre l'unité du statut personnel, d'admettre que la condition civile de l'étranger ne soit pas déterminée en conformité de la loi de l'Etat auquel il appartient et que les circonstances de fait et de droit, prévues par sa loi nationale pour déterminer le rapport personnel de cet étranger avec la loi, et les modifications, qui peuvent résulter de cer-

tains faits juridiques prévus par ce même législateur, puissent être appréciées autrement que ne l'a fait le législateur étranger.

1364. — Le domicile peut d'autre part être considéré comme un *quid juris* résultant des circonstances de fait prévues par le législateur, pour déterminer le lieu où doit être fixé l'accomplissement de certaines obligations, ou bien pour déterminer la compétence des tribunaux à l'égard des actions judiciaires qui peuvent être exercées par la garantie de certains droits. A ce point de vue, nous admettons que la notion juridique du domicile doit être précisée d'après la loi territoriale, parce que nous sommes d'avis qu'à ce point de vue le domicile fait partie du statut réel.

Pour mieux faire comprendre notre idée, nous ferons remarquer que, dans le système législatif italien, le domicile peut déterminer la compétence territoriale dans les questions qui concernent la succession. L'article 94 du Code de procédure civile italien dispose en effet que les actions judiciaires en matière de partage, lorsque la succession s'est ouverte hors du royaume, peuvent être introduites devant l'autorité judiciaire où le défendeur est domicilié. Or il ne nous semble pas que, s'agissant du lieu du domicile au point de vue de l'application de cet article, dans l'espèce de la succession d'un Anglais mort en Belgique où il résidait habituellement, on puisse douter que la notion juridique du domicile doive être déterminée d'après les prescriptions de l'article 16 du Code civil italien.

Tout le monde doit comprendre la différence entre le domicile considéré comme un *quid juris* connexe à la condition personnelle et à la loi régulatrice de cette condition et le domicile considéré comme un *quid juris* destiné à fixer la compétence territoriale. Le premier, ainsi que nous l'avons dit plus haut doit être déterminé d'après le statut personnel, tandis que l'autre doit l'être d'après le statut réel: Ce ne sont pas seulement les règles, qui concernent la compétence des

autorités judiciaires territoriales et qui font partie du droit public interne, qui doivent être classées parmi les lois qui constituent le statut réel, mais encore les règles concernant les circonstances de fait, indiquées par le législateur pour servir à établir et à déterminer la compétence territoriale.

Nous devons répéter ce que nous avons dit précédemment, qu'on ne saurait admettre que les règles sur la compétence territoriale soient déterminées d'après une loi, et que la notion juridique des circonstances de fait dont dépend la fixation de cette même compétence soient déterminées d'après une autre loi.

1365. — Nous allons examiner le domicile à un autre point de vue.

Le domicile d'après certaines législations peut servir de base à une condition juridique spéciale pour l'étranger qui l'a établi avec l'autorisation du gouvernement. Il en est ainsi notamment d'après la loi française. D'après le Code civil français, l'étranger peut, indépendamment de toute autorisation, avoir en France un domicile qui, pour tous les effets qui concernent l'exercice de certains droits, doit être considéré comme établi au lieu où il a son principal établissement aux termes de l'article 102[1].

[1] On admet que l'étranger, indépendamment de l'autorisation du gouvernement, peut avoir en France un domicile de fait, c'est-à-dire celui qui résulte des circonstances spécifiées dans l'article 102 du Code civil français. Voir Laurent, *Principes de Droit civil français*, tome II, § 68; Renault, *De la succession des étrangers en France* (*Journal de Dr. internat. privé*, 1875, p. 426); Despagnet, *Droit internat. privé*, § 167; — Weiss, *Droit internat. privé*, tit. II, p. 43 et suiv., *Le Droit de l'étranger*, tit. IV, *Droit au domicile*, p. 370; — Cass. française 19 mars 1872, Craven, *Journ. du Pal.*, 1872, p. 560).

Ce domicile, lorsqu'il peut en fait être considéré comme établi d'après la loi française, produit des conséquences juridiques, indépendamment de toute autorisation du gouvernement, conséquences qui sont, par exemple, comme l'a constaté la Cour de cassation française, la détermination de la compétence des tribunaux dans les constatations relatives à la succession

D'après la jurisprudence, la loi française peut être appliquée pour régler la succession de l'étranger qui a en France son domicile légal[1]. Dès lors c'est d'après la loi française elle-même qu'on décidera si on doit ou non considérer le défunt comme ayant possédé le domicile légal, pour qu'on puisse ensuite y attacher tous les effets qui résultent du domicile établi avec l'autorisation du gouvernement.

En d'autres termes, lorsque d'après la loi du pays il est attribué certains effets juridiques au domicile légalement établi, c'est-à-dire établi par l'étranger avec l'autorisation du gouvernement, il faut se reporter à cette même loi pour résoudre toute contestation relative à l'existence, à la durée ou à la cessation de l'autorisation. En effet toute difficulté à cet égard ne peut avoir que le caractère de question de droit interne, et doit par conséquent être tranchée par application de la loi territoriale[2].

de l'étranger qui a un domicile de fait et la détermination du lieu de l'ouverture de la succession. Voir Cass. 7 juillet 1874, *Dalloz*, 1875, I, 171 ; — *Pandectes Françaises, Répertoire*, V° *Etranger*, n°s 274 et suiv. ; — Paris, 14 juillet 1871, Bergold, *Journ. du Pal.*, 1871, p. 503 et la note sous cet arrêt ; — Cass. 19 mars 1872, Craven, *Pal.* 1872, p. 560 ; — Paris, 20 mars 1896, Jose de Errazquin, *Journ. de Dr. internat. privé*, 1896, p. 402.

[1] Demolombe, *Droit civil*, t. I, n° 268 bis ; Cass. 7 novembre 1826, *Journal du Palais*, 1826, p. 898 ; Cass. 5 mai 1875, Hériti. Forgo c. l'Etat, Id. ; 1875 p. 1036 et la note et les renvois sous cet arrêt ; Trib. du Hâvre 22 août 1872 Myers, id, 1872, p. 1219.

[2] L'autorisation souveraine n'est pas le seul mode d'acquisition par l'étranger du domicile légal en France avec tous les effets prévus dans l'article 13 du Code civil. En ce qui concerne certaines personnes, le domicile légal peut être une conséquence de la loi. C'est ce qui a lieu notamment à l'égard d'un mineur qui a suivi en France ses parents, qui y ont acquis le domicile légal durant sa minorité. Comme mineur il a acquis le domicile de son père, et si après sa majorité il continuait à résider en France, il le conserverait avec tous les effets qui en résultent, et ce domicile devrait continuer à être considéré comme légal, bien que le mineur devenu majeur n'ait pas individuellement requis et obtenu l'autorisation. Cela résulte du principe général, que la condition juridique ou le droit acquis par quelqu'un d'après la loi persistent tant qu'il ne les a pas perdus en conformité de cette même loi. — Compar. Pau 14 mars 1874. *Journ. de Droit international privé*, 1875, p. 357-358.

1366. — Il résulte clairement de ce que nous avons dit, que les difficultés qui peuvent naître au sujet du domicile dans ses rapports avec la succession d'un étranger doivent être examinées en se plaçant au point de vue sous lequel elles doivent être envisagées.

Ainsi, par exemple, d'après le Code civil français, le domicile, ainsi que nous l'avons déjà dit, peut servir de base à une condition juridique donnée, quand il a le caractère de domicile légal aux termes de l'article 13, et il peut se produire certains effets déterminés, quand il remplit les conditions spécifiées dans l'article 102. Or comme le domicile à l'un ou l'autre de ces points de vue exerce une influence bien différente en matière de succession, quand il s'agit de déterminer la loi régulatrice des droits successifs et de la mesure de ces droits, il convient de préciser exactement le point de vue d'après lequel on doit envisager la question du domicile, pour la résoudre en conformité des dispositions législatives qui la concernent.

Supposons, par exemple, qu'un Italien soit mort en France et qu'il s'agisse de décider en quel lieu on doit considérer sa succession comme ouverte.

Le législateur italien, dans l'article 923, dispose que la succession s'ouvre au moment de la mort au lieu du dernier domicile du défunt. La question du domicile dans ce cas pourrait se poser au sujet de la détermination du siège juridique de la personne, afin d'y établir l'ouverture de sa succession. Etant donné qu'à ce point de vue tout étranger, indépendamment de toute autorisation, peut s'établir dans une région quelconque de la France et y avoir son principal établissement et que cette circonstance, aux termes de l'article 102 du Code civil fraçais, détermine le domicile comme droit civil appartenant, à l'égal des Français, aux étrangers, qui sont admis en France à jouir en vertu des traités des mêmes droits civils que les Français (art. 11), il nous semble qu'il est hors de doute que, s'agissant dans l'hypothèse en question d'apprécier le domicile en tant qu'état de fait dont résultent certains

effets juridiques relatifs à l'ouverture de la succession, on devra se reporter à l'article 102 du Code civil français. Il faudra donc rechercher si les conditions substantielles exigées d'après cet article pour faire considérer le défunt comme domicilié en France existent ou non. Du reste, comme tout se résume dans la circonstance du principal établissement, on ne pourra se dispenser de considérer le *de cujus* comme ayant eu son domicile en France, s'il y a eu son principal établissement. Une fois cette circonstance établie. on devrait considérer la succession comme s'étant ouverte en France, ce qui déterminerait la compétence des tribunaux français pour l'exercice de tous les droits et de toutes les actions dérivant de l'ouverture de la succession.

Pour ce qui est de la détermination du rang des héritiers et de la mesure des droits successifs en cas de succession légitime, et de l'appréciation de la validité des dispositions en cas de succession testamentaire, comme d'après la jurisprudence française la succession mobilière de l'étranger qui n'a pas en France de domicile légal est régie par la loi du domicile du défunt, et qu'on entend par là, non pas celle du son domicile de fait, mais celle de son domicile d'origine, laquelle coïncide avec celle de sa patrie, il est clair que la question relative au domicile se présenterait sous un autre point de vue, celui relatif à la loi régulatrice de la succession.

Etant donné que d'après le système consacré par la jurisprudence française on admet en ce qui concerne la succession mobilière l'autorité du statut personnel, il nous semble évident qu'à cet égard on doit se reporter à la loi personnelle pour décider quand le domicile d'origine doit être considéré comme conservé ou perdu en vertu de l'acquisition d'un nouveau domicile[1].

[1] Dans l'affaire jugée par la Cour d'appel de l'Etat de New-York en février 1874, la validité d'un testament fait en conformité de la loi américaine par une femme américaine établie en France fut appréciée d'après la loi de l'Etat de New-York, parce qu'on admit que, bien qu'en principe la validité du testament dût être jugée d'après la loi du domicile, la testatrice, aux termes de la loi américaine, n'avait pas perdu son domicile d'origine. Voir *Journal de Droit international privé*, 1874, p. 86

On doit décider ainsi si la question se pose, par exemple, en ce qui concerne la femme mariée, et s'il s'agit de savoir si, d'après la loi régulatrice des rapports de famille, on peut admettre qu'elle a conservé son domicile d'origine, ou qu'elle l'a perdu en acquérant pour la durée du mariage celui de son mari. De même c'est d'après le statut personnel qu'on devra déterminer le domicile qu'on doit attribuer à une personne donnée, comme si, par exemple, il s'agissait de dire où est domicilié l'enfant naturel. A supposer que, d'après le statut personnel, il lui soit attribué le domicile de sa mère au moment de sa naissance, ou que ce domicile soit déclaré indépendant de celui que la mère pourrait acquérir postérieurement par suite du mariage, on devrait observer les prescriptions de la loi personnelle à ce sujet, sans avoir égard aux dispositions contraires de la loi territoriale.

1367. — La question du domicile en matière de succession pourrait être soulevée par les tiers, qui auraient acquis des droits dépendant du domicile sous l'empire de la loi territoriale. Cette question, qui constituerait une question préjudicielle, naîtrait, par exemple, lorsque des créanciers de la succession introduiraient une action contre celle-ci au lieu du domicile du défunt d'après la loi territoriale. Dans ce cas la question de savoir si le défunt devrait ou non être réputé domicilié dans ce lieu, pour faire considérer la succession comme y ayant son siège, aurait pour but final de faire décider si les tiers pourraient ou non exercer certains droits à l'encontre de la succession. On ne pourrait pas alors invoquer le statut personnel. Les tiers qui, sous l'empire de la loi territoriale, ont acquis le droit d'exercer leurs actions contre l'obligé en un lieu donné par l'effet du domicile considéré par le législateur comme un fait juridique de nature à justifier l'exercice de ces actions, peuvent en tous points se reporter à la loi territoriale pour la détermination de ce domicile en ce qui touche l'exercice de leurs droits contre la succession.

1368. — Dans les pays régis par le droit coutumier, le domicile peut exercer une influence décisive sur la succession testamentaire, quand il est admis qu'à l'égard de la succession mobilière la validité des dispositions testamentaires doit être appréciée d'après la loi du domicile du testateur au moment de sa mort.

D'après les principes admis par la jurisprudence des Etats-Unis d'Amérique, un citoyen de ce pays qui veut disposer de ses biens meubles est tenu de faire son testament en conformité de la loi de l'Etat où il est domicilié. La validité de ses dispositions quant à la substance de l'acte dépend de la loi du domicile, même en ce qui concerne les biens existant dans une autre partie des Etats-Unis[1].

Il est dès lors indispensable de bien déterminer le domicile du défunt en conformité de la loi en ce qui concerne la validité de son testament.

Il en est de même en Droit anglais. Aussi bien en Angleterre qu'en Amérique, d'après la jurisprudence, la validité du testament est déterminée d'après la loi du domicile du testateur au moment de sa mort.

Même dans ce cas il faudrait se reporter à la loi nationale du citoyen anglais ou américain qui a fait son testament, pour décider en quel pays il doit être considéré comme domicilié. Si la validité du testament d'après la loi nationale du testateur doit dépendre de la loi de son domicile au moment de sa mort, c'est d'après la loi anglaise ou américaine qu'on devra déterminer ce domicile.

Il doit en être ainsi pour les raisons que nous avons exposées plus haut.

1369. — Dans les systèmes législatifs italien, allemand ou des autres pays, où on admet que la succession doit être régie par la loi nationale, la qualité de citoyen de l'Etat doit avoir

[1] Voir Dicey. *Conflict of Laws American notes*, ch. XXX, *Succession to movables*, p. 707; Cour de New-York et la note de Coudert dans le *Journ. de Dr. intern. privé*, 1874, p. 86

la même importance que le domicile dans les Etats où la loi régulatrice de la succession en dépend.

En cette matière, on doit admettre en principe, que tout individu qui prétend être citoyen de l'Etat doit en administrer la preuve. Cette preuve devra être faite d'après la loi du pays dont l'individu revendiquera la nationalité. Il en sera de même en matière de succession : la preuve de la qualité de citoyen devra être faite par les intéressés.

En effet il est de principe que c'est d'après la loi du pays auquel on prétend appartenir, que le juge doit décider si la qualité de citoyen est ou non acquise.

Dès lors, étant données les divergences des législations au sujet de la qualité de citoyen, il pourra se faire que les intéressés puissent établir que le défunt d'après sa loi personnelle n'a pas perdu sa nationalité d'origine, bien qu'il puisse être considéré comme citoyen d'un autre Etat aux termes de la loi de cet Etat. Il conviendrait alors de distinguer suivant les cas.

Si la question était soumise à la décision des tribunaux de l'Etat dont les intéressés prétendraient que le *de cujus* était citoyen, les magistrats ne pourraient se dispenser de décider d'après la loi de leur pays si le défunt en était ou non citoyen. En vain les personnes qui auraient un intérêt contraire demanderaient à être admises à prouver, qu'aux termes de la loi de sa patrie d'origine, le *de cujus* n'avait pas perdu sa nationalité d'origine.

C'est qu'en effet la loi relative à la qualité de citoyen rentre dans le Droit politique de chaque Etat, droit auquel il ne peut être dérogé en vertu d'une législation étrangère ; car il fait partie du Droit public interne, qui s'impose d'une façon impérative aux magistrats de l'Etat

1370. — Par application de ces principes, on doit, par exemple, admettre que, bien que le législateur italien dispose aux termes de l'article 6 des dispositions générales du Code civil que l'état des personnes doit être régi par la loi de la

nation à laquelle elles appartiennent, on ne pourrait cependant pas se prévaloir d'une loi étrangère pour prétendre que le *de cujus* devrait, contrairement à la loi italienne d'après laquelle il est italien, être considéré comme étranger, de façon que sa succession fût régie par une loi étrangère.

Ainsi, pour bien nous faire comprendre par un exemple, aux termes de l'article 8 du Code civil italien est réputé citoyen italien l'enfant né en Italie d'un étranger qui y a fixé son domicile durant dix années sans interruption, si arrivé à sa majorité il n'a pas déclaré, en se conformant aux lois du Royaume, qu'il opte pour la qualité d'étranger. Dès lors pendant sa minorité cet enfant est réputé de plein droit citoyen italien; mais si dans l'année qui suit celle où il a atteint 21 ans, il n'a pas déclaré opter pour la nationalité étrangère, il est réputé citoyen italien.

Or, supposons que cet enfant meure et que s'agissant de déterminer la loi qui doit régir sa succession, les intéressés soutiennent qu'elle doit être réglée d'après la loi nationale de son père, pour le motif que d'après cette loi le défunt n'avait pas perdu sa qualité de citoyen de l'Etat auquel son père appartient.

On pourrait à l'appui de cette prétention soutenir qu'aux termes de l'article 8 des dispositions générales du Code civil italien, les successions légitime et testamentaire devant être régies par la loi nationale du défunt, la question de la qualité de citoyen devrait être réputée préjudicielle pour déterminer la loi régulatrice de la succession. On pourrait ensuite, se basant sur l'article 6 qui indique la loi nationale comme devant régir l'état des personnes et les rapports de famille, alléguer que le *status civitatis* est lui-même un rapport personnel, puisqu'aux termes de la législation italienne la qualité de citoyen est le fondement des droits privés et civils et doit par conséquent être réglée d'après la loi nationale du défunt. Partant de là, on pourrait prétendre établir qu'aux termes de la loi du pays du père l'enfant était citoyen de ce pays, et que par conséquent sa succession devrait, aux termes

des articles 6 et 8 des dispositions générales du Code civil italien, être régie par la loi étrangère.

Toutefois cette prétention devrait être rejetée comme mal fondée. En effet, si la qualité de citoyen d'un Etat est un rapport d'état personnel, en raison de sa nature et de son caractère elle se rattache à l'état public et à la condition politique de chaque personne. Par conséquent la loi qui la concerne fait partie du Droit politique et du Droit public interne et, bien qu'aux termes de la loi étrangère le *de cujus* puisse être réputé citoyen du pays étranger, il ne peut pas être considéré comme tel en Italie par les magistrats italiens, auxquels l'application du Droit public interne s'impose d'une façon absolue.

Il va de soi que, si cette question se posait devant les tribunaux de la patrie du père du *de cujus*, ils décideraient incontestablement par application de leur loi nationale que ce *de cujus* devrait être réputé citoyen de leur pays. Un semblable conflit en matière de décisions judiciaires est inévitable dans l'état actuel des choses, puisqu'il n'existe pas de droit uniforme relatif à la qualité de citoyen; il ne pourra disparaître que lorsque les différents Etats se seront mis d'accord pour formuler des règles qui constitueront le droit commun en cette matière.

1371. — Pour compléter l'examen de l'hypothèse que nous avons imaginée, supposons que le défunt ait laissé à la fois des biens en Italie et dans le pays de son père et que, les intéressés ayant soulevé la question de nationalité devant les tribunaux de ce pays, ceux-ci aient décidé que le *de cujus* devait être considéré comme citoyen dudit Etat.

Supposons en outre que ces mêmes intéressés veuillent ensuite se prévaloir de cette décision pour soutenir que, la difficulté relative à la qualité de citoyen ayant été jugée par le tribunal compétent, la question préjudicielle pour déterminer la loi nationale régulatrice de la succession aurait été par là même résolue, et que dès lors les biens de la succession

existant en Italie devraient être dévolus aux termes de la loi étrangère du *de cujus*.

Supposons de plus que d'autres personnes intéressées dans l'affaire soutiennent que la question de nationalité résolue par la juridiction étrangère ne pourrait avoir l'autorité de la chose jugée pour faire considérer le défunt comme étranger en Italie, les juges italiens saisis de l'affaire ne pourraient attribuer aucun effet à la sentence étrangère. En effet, d'après l'article 12 des dispositions générales du Code civil italien, les sentences étrangères ne peuvent avoir aucune autorité lorsqu'elles dérogent aux lois d'ordre public, dont font partie incontestablement les lois d'ordre public interne qui régissent les questions relatives à la qualité de citoyen italien. Les magistrats italiens devraient donc appliquer ces lois et déclarer le défunt italien par application de l'article 8 du Code civil, et ordonner que sa succession serait dévolue d'après la législation italienne.

1372. — La question pourrait se poser devant le tribunal d'un Etat tiers. Il en serait ainsi, par exemple, dans l'hypothèse où, un individu étant mort en Italie, les intéressés contesteraient sa nationalité, les uns soutenant qu'il devrait être considéré comme citoyen d'un Etat étranger donné, et les autres qu'il devrait être réputé citoyen d'un autre pays étranger.

Il en serait de même dans l'hypothèse où un Français se serait établi dans un pays américain, où d'après la loi est réputé citoyen quiconque acquiert un immeuble ou établit son domicile et le conserve pendant une période de 5 années ou pendant un temps moindre. Etant donné que cette personne, s'étant ensuite établie en Italie, sa succession vienne à s'y ouvrir, et qu'il s'agisse de savoir si, cette succession devant être régie par sa loi nationale, il y a lieu d'appliquer la loi mexicaine ou la loi française. Naturellement tout devra dépendre de la solution de la question préjudicielle de nationalité.

Or, étant donné qu'il fût établi, que d'après la loi mexicaine le défunt devrait être considéré comme citoyen du Mexique, cela ne suffirait pas à notre sens pour faire décider que la succession dût être régie par la loi mexicaine. Il faudrait prouver que ce même défunt avait perdu la qualité de citoyen français, sa nationalité d'origine, et qu'il avait acquis la qualité de citoyen mexicain. Autrement on pourrait avec plus de raison admettre que le *de cujus* devrait être réputé Français, et que sa succession devrait être régie par la loi française.

En effet l'acquisition d'un immeuble à l'étranger n'est pas un fait suffisant pour faire perdre la qualité de citoyen français, bien que la loi du pays étranger dispose d'une façon contraire. La fixation du domicile à l'étranger n'est pas non plus suffisante pour faire perdre la nationalité française, s'il n'a pas été prouvé que le domicile a été établi à l'étranger sans esprit de retour en France. Le tribunal italien devrait donc considérer le *de cujus* oomme étant demeuré français et faire régir sa succession par la loi française.

En principe il faut donc admettre qu'à l'égard du juge de l'Etat dont on soutient que le défunt était citoyen, il suffit d'établir que ce défunt avait acquis la qualité de citoyen d'après la loi de cet Etat et qu'il ne l'avait pas perdue jusqu'au jour de son décès; mais qu'à l'égard du juge d'un Etat tiers, il faut prouver que d'après la loi de son pays d'origine le *de cujus* a perdu sa nationalité d'origine, sans qu'on puisse alléguer qu'il doive être réputé citoyen d'un autre Etat conformément à la loi de cet Etat relative à l'acquisition de la qualité de citoyen.

Pour écarter toute source de conflit en cette matière, il serait à désirer que les Etats établissent un Droit uniforme relatif à la conservation et à la perte de la nationalité d'origine et à l'acquisition d'une nouvelle nationalité.

Jusqu'au jour où un accord international ne sera pas conclu à cet effet, les tribunaux des puissances tierces devront recourir aux principes généraux du Droit, d'après lesquels

personne ne peut acquérir la qualité de citoyen d'un Etat étranger sans avoir d'abord perdu la qualité de citoyen de son pays d'origine ou sans y avoir renoncé. Par conséquent, tant que le *de cujus* pourra être réputé citoyen de son pays d'origine et qu'on pourra en fournir la preuve, sa succession devra être régie d'après la loi de ce pays, même si on établit que ce *de cujus* peut être réputé citoyen d'un autre Etat d'après la loi de cet Etat. En effet la qualité de citoyen acquise par la naissance fait partie de la condition juridique de la personne et doit être réputée permanente, tant que la personne elle-même n'y a pas renoncé et n'a pas acquis la qualité de citoyen d'un autre pays au moyen de la naturalisation, ou tant que la perte de la qualité de citoyen du pays d'origine ne peut pas être considérée comme réalisée en conformité de la loi de cet Etat.

CHAPITRE V

DE LA LOI QUI DOIT RÉGIR L'OUVERTURE DE LA SUCCESSION AINSI QUE LA SUBSTANCE ET LA NATURE DES DROITS HÉRÉDITAIRES.

1373. Comment les lois règlent l'ouverture de la succession: — 1374. Autorité de la loi qui déclare le succession ouverte à la suite de la mort civile. — 1375. Ouverture de la succession à la suite de la sentence qui déclare l'absence. — 1376. Conséquences résultant de la diversité des systèmes législatifs en matière d'absence en ce qui concerne les droits qui appartiennent à l'absent à l'égard des personnes auxquelles les biens ont été attribués. — 1377. Application des règles relatives aux présomptions de survie. — 1378. Loi régulatrice de la substance du droit héréditaire. — 1379. Nature des droits qui dérivent de la succession. — 1380. Le droit de succession peut-il être considéré comme un droit réel.

1373. — Le mot succession sert à désigner le patrimoine[1] d'une personne lequel, à la suite de la mort de celle-ci, est transmis à une autre personne appelée à la recueillir en tant qu'héritière du défunt. *Hæreditas nihil aliud est quam succes-*

[1] Le patrimoine d'une personne, en tant qu'il constitue la succession comprend l'ensemble de tous les droits patrimoniaux et de toutes les obligations du défunt dans leur ensemble comme *universitas*. D'après son acception courante, le mot patrimoine a un sens plus restreint, il désigne l'ensemble des droits actifs, étant donné que les dettes ne constituent pas une partie, mais une charge du patrimoine, et que celui-ci n'est que l'actif net déduction faite des dettes. En matière de succession le mot patrimoine est employé dans son acceptation juridique, pour indiquer l'unité idéale qui résulte du patrimoine actif et passif, c'est-à-dire de toutes les choses possédées par la personne, lesquelles, prises dans leur ensemble et sans distinguer les parties dont l'ensemble est constitué, représentent d'après la conception romaine une unité juridique, une *universitas*.

Il faut avoir présente à l'esprit cette conception fondamentale, parce que lorsqu'on étudie la matière dont nous nous occupons, la loi régulatrice de

sio in universum jus, quod defunctus habuit[1]. Il n'y a lieu à succession qu'à la suite de la mort, qui constitue un fait naturel en vertu duquel la succession laissée par le défunt est dévolue à ses héritiers. Le droit de succession, eu égard à la transmission des droits du défunt à ses héritiers, ne peut dès lors commencer à exister qu'après la mort et ne peut être attribué en principe qu'à l'héritier qui a survécu au *de cujus*. Toutes les règles sont concordantes à cet égard et aucun conflit ne peut naître en cette matière.

Cependant les lois de certains pays admettent que le patrimoine peut être transmis à l'individu qui a été conçu avant l'ouverture de la succession, suivant la maxime romaine, *infans conceptus pro nato habetur*[2].

D'après la loi italienne, la succession peut être transmise par testament aux enfants à naître d'une personne déterminée vivante au moment de la mort du testateur, bien qu'ils ne soient pas encore conçus[3]. Au contraire, d'après le Code français, l'individu qui n'est pas conçu lors de la mort du testateur n'est pas réputé capable d'hériter et par conséquent, toute disposition testamentaire en sa faveur serait nulle[4].

Il en est de même dans la législation russe.

Nous déterminerons l'autorité de la loi à cet égard, quand nous traiterons de la loi qui doit régir la capacité de succéder.

Les Codes établissent uniformément la maxime édictée à l'article 923 du Code civil italien, que la succession s'ouvre au moment de la mort[5].

Certaines législations admettent que la succession s'ouvre

la succession et les droits successifs, il importe de savoir si on entend parler de ces droits par rapport à l'hérédité ou succession, comme d'une chose qui, tout en étant composée de parties, est néanmoins quelque chose de distinct de l'ensemble de ses parties, ou si on entend traiter du droit sur chacune des parties qui constituent le patrimoine.

[1] L. 62, Dig,, *De regulis juris*.

[2] Code civil français, art. 718; autrichien, 536; allemand, 1922; portugais, 1735.

[3] Art. 764.

[4] Art. 902 et 725.

[5] Code civil français, art. 725; italien, 724.

non seulement par la mort naturelle, mais encore par la mort civile. D'autres disposent qu'elle peut s'ouvrir à la suite de la déclaration d'absence, en attribuant à la sentence déclarative l'effet d'une présomption de mort.

Outre ces divergences des législations, on en rencontre une autre en ce que les lois des divers Etats n'édictent pas des règles uniformes en ce qui concerne la présomption de survie de la personne, qui est appelée en qualité d'héritier ou de légataire à recueillir la succession, dans le cas où plusieurs personnes sont mortes en même temps et où il n'existe pas de preuves pouvant servir à déterminer celles d'entre elles qui sont mortes avant les autres.

En raison de cette absence d'un droit uniforme à l'égard de ces matières, la mort civile, l'absence et les présomptions de survie, se pose naturellement la question de déterminer l'autorité de la loi applicable.

1374. — En ce qui concerne l'ouverture de la succession par suite de la mort civile, certains auteurs ont pensé que toute la question consistait à rechercher si la loi qui dispose en ce sens doit avoir l'autorité qui, dans les rapports internationaux, est attribuée au statut personnel[1].

Disons avant tout que la mort civile était admise dans le Code civil français comme conséquence de certaines condam-

[1] Voici comment s'exprime Boullenois: « A l'égard des statuts, qui pro- « noncent une mort civile pour les crimes, ou une note d'infamie, l'état « de ces misérables se porte indépendamment de tout domicile; et cela « par un concert et un concours général de nations, ces sortes de peines « étant une tache, une plaie incurable, dont le condamné est affligé, et qui « l'accompagne en tous lieux. » (Compar. mes ouvrages: *Effetti delle condanne penali straniere*, Turin 1877, Laescher édit., *Droit pénal international* traduit par Ch. Antoine, §. 142 et suiv., Paris 1880, Pedone-Lauriel édit.).

Demangeat s'exprime ainsi: « Du moment que l'on admet que le statut « personnel régit l'état et la capacité des personnes, il n'y a point à dis- « tinguer pour quel motif l'état est affecté immédiatement en vertu d'une « disposition générale de la loi ou seulement à la suite d'une déclaration judiciaire ». (Note *A*, Foelix, *Droit internat. privé*, § 604).

nations pénales, auxquelles la loi attribuait cet effet (art. 22), et qu'elle entraînait l'ouverture de la succession (art. 718 et 719).

La même règle figurait dans les Codes qui ont suivi le Code français. Elle a été abolie en France par la loi du 31 mars 1854. En Belgique, son abolition résulte de l'article 13 de la constitution.

D'après la loi russe, la succession s'ouvre, non seulement après la mort naturelle du *de cujus*, mais à la suite de condamnations impliquant la privation de tous les droits civils et civiques et en outre à la suite de l'entrée dans un ordre monastique. Toutefois cette dernière cause de l'ouverture de la succession ne se trouve pas dans la législation polonaise[1].

Bien qu'en principe on doive considérer que la loi qui doit régir la succession doit être appliquée pour déterminer quand il y a ou non lieu à succession et quand elle doit être réputée ouverte, néanmoins, même étant donné qu'on admette en principe que la succession doit être régie par la loi nationale du *de cujus*, nous ne saurions accepter l'opinion de ceux qui veulent maintenir l'autorité de la loi nationale, même en tant qu'elle indique comme conséquence de la condamnation pénale la mort civile et qu'elle considère cette déchéance comme une cause d'ouverture de la succession.

Il est à noter que dans les pays où la mort civile est la conséquence de la condamnation pénale et où on admet l'anomalie juridique d'assimiler l'homme vivant au mort, cet effet est toujours la conséquence légale et nécessaire de la condamnation à une peine. Dès lors il ne nous semble pas que, pour décider si on doit ou non admettre dans les rapports internationaux la mort civile qui résulte de plein droit de la condamnation à une peine, il y ait lieu de rechercher si la loi qui concerne cette déchéance peut être considérée comme dans le domaine du statut personnel ou du statut réel. Cette recherche peut peut-être avoir quelque utilité en ce qui concerne les

[1] Voir Lehr, *Eléments de droit civil russe*.

modifications de la condition civile de certaines personnes qui résultent aux termes de certaines lois des vœux solennels et de la profession religieuse. Nous nous en sommes occupé précédemment au § 578 et nous en parlerons encore à propos de l'incapacité de succéder.

L'objet précis qu'il s'agit d'examiner consiste à savoir, si les effets légaux qui dérivent d'une sentence pénale doivent être admis dans les pays étrangers. Les condamnations pénales doivent-elles avoir une efficacité et une autorité exterritoriales ? Nous ne nous trouvons réellement pas dans le domaine du statut personnel, parce que les lois qui admettent la mort civile comme conséquence de la condamnation déterminent quelles sont les condamnations qui produisent de plein droit cet effet, et que la condamnation pénale ne regarde certainement pas le national. La loi pénale, l'action pénale et la condamnation sont éminemment territoriales et exercent leur autorité envers le malfaiteur, aussi bien s'il est citoyen que s'il est étranger. A quoi bon donc discuter pour dire si la loi qui concerne la mort civile doit ou non être considérée comme faisant partie du statut personnel ?

La discussion ne pourrait naître que lorsque la condamnation pénale, qui a pour effet légal la mort civile et l'ouverture de la succession, aurait été prononcée par le tribunal national à l'encontre d'un citoyen de l'Etat. Alors seulement on pourrait se demander si on devrait, avec ceux qui admettent cette théorie, considérer la mort civile comme une dépendance du statut personnel. Pour nous la question ne saurait se poser; car nous n'admettons pas cette doctrine et nous persistons à soutenir l'opinion que nous avons émise précédemment à propos de la sentence pénale étrangère [1].

Même en reconnaissant, comme nous l'avons fait précédemment [2] certains effets légaux à la sentence pénale étran-

[1] Voir *suprà* n[os] 485 et 486.
Nous avons déjà soutenu la même opinion dans notre édition de 1869, n° 50, p. 83.

[2] Voir Partie générale, Ch. VIII. *De l'influence de la sentence pénale étrangère à l'égard de l'état et de la capacité juridiques*.

gère, nous sommes d'avis que la mort civile proprement dite, en vertu de laquelle un homme vivant est déclaré mort à la suite d'une sentence criminelle, est avant tout une conception anormale qui ne peut être admise que dans l'Etat seul où on a conçu une telle énormité. Du reste, pour refuser absolument tout effet à ce point de vue à la sentence hors du territoire où elle a été prononcée, il suffit d'appliquer le principe incontestable que les sentences pénales ne peuvent pas être exécutées en dehors des limites de l'Etat où elles ont été rendues, et que dès lors une condamnation à la mort civile, ayant pour effet l'ouverture de la succession d'un homme vivant, ne pourrait pas plus être exécutée sur un territoire étranger qu'une condamnation à mort[1].

1375. — D'après les lois de certains Etats la succession s'ouvre par l'effet de la présomption de mort qui résulte de la

[1] Voir *contra* Ch. Antoine. De la succession légitime et testamentaire, § 73; Comp. Rolin, *Principes de Droit internat. privé*, t. II, § 738 ; Brocher, *Droit internat. privé*, t. I, § 56; Laurent, *Dr. civ. internat.* t. VI, § 177.

[1 bis] Nous persistons, contrairement à l'opinion de M. Fiore, à soutenir, ainsi que nous l'avons fait précédemment (Ch. Antoine, *De la succession légitime et testamentaire en Droit international privé*, Paris, Maresq, édit., 1876, n°s 73 et 74), que la mort civile est, même à l'étranger, une cause d'ouverture de la succession du condamné qui l'a encourue, quand elle résulte d'un jugement prononcé par les juges du pays auquel il appartient par application de sa loi nationale.

Nous ne voyons en effet aucun intérêt supérieur qui puisse engager le juge étranger, dont la loi nationale n'admet pas la mort civile, à refuser de reconnaître cette conséquence de la condamnation pénale étrangère. En effet l'ouverture de la succession d'un étranger, qui a légalement encouru la mort civile dans son pays, ne porte aucune atteinte au Droit public de l'Etat où cette déchéance n'existe pas, à moins de vouloir considérer comme portant atteinte à ce Droit toutes les lois personnelles étrangères qui ont pour base des idées générales distinctes de celles consacrées par le législateur du pays, ce qui permettrait aux tribunaux de faire, quand ils le voudraient, sans aucun intérêt pour leur pays ou leurs nationaux, table rase du principe qui est la base du Droit international privé, que le statut personnel est régi par la loi nationale de chaque personne.

(Note du Traducteur C. A.).

sentence qui déclare l'absence, dans les cas où l'absent peut-être réputé mort aux termes de cette décision juridique.

Nous avons dit plus haut quelle loi, d'après nous, doit régir l'absence et les conséquences juridiques qui en résultent. Etant d'avis que cette loi a le caractère de statut personnel, nous pensons que c'est d'après elle qu'on doit décider si la succession de l'absent doit ou non être déclarée ouverte à la suite du jugement qui considère l'absent comme mort.

Si, par exemple, il s'agissait d'un Autrichien, comme d'après le Code civil autrichien, on peut dans les cas prévus par l'article 24 faire déclarer par les tribunaux la mort de l'absent (art. 277), et que le jour où cette déclaration de mort a acquis l'autorité de la chose jugée est considéré en droit comme le jour de la mort de l'absent (art. 278), il faudrait décider, qu'à l'égard du rang des héritiers et de la mesure des droits successifs, on devrait admettre à hériter les personnes, qui devraient être réputées héritières de l'absent au moment où la sentence déclarative de mort de cet absent aurait acquis l'autorité de la chose jugée[1].

Il n'en serait pas de même s'il s'agissait de la succession d'un Français ; car d'après les Codes civils italien et français l'absence ne peut pas donner lieu à l'ouverture de la succession. En effet, comme on ne peut pas proclamer judiciairement la présomption de mort de l'absent, les droits patrimoniaux, tels que l'envoi en possession temporaire et ensuite définitif de ses biens, sont admis, en faveur non pas des personnes qui seraient les héritiers naturels de l'absent au moment où est rendu le jugement déclaratif d'absence, mais en faveur de celles qui seraient ses héritiers légitimes s'il était décédé à l'époque de la dernière nouvelle de son existence[2].

[1] De même, aux termes de la législation russe en vigueur dans les provinces baltiques, la déclaration de mort d'une personne, qui n'a pas donné de ses nouvelles durant le terme fixé par la loi, peut être prononcée par sentence judiciaire et produit les mêmes effets que la mort constatée. Voir Lehr, *Eléments de Droit civil russe*, § 499.

[2] Art. 26 Code civil italien.

1376. — Une autre conséquence qui, d'après les principes du Droit international privé, peut résulter de la diversité des systèmes législatifs en matière d'absence, c'est que la loi nationale devant être appliquée pour décider si on doit ou non réputer la succession ouverte en raison de l'absence, il faut aussi l'observer pour déterminer les droits de l'absent ou des intéressés, lorsqu'on peut établir que l'absent est mort avant ou après une date donnée, ou qu'il est encore vivant.

Supposons, par exemple, que ce soit en Italie que soit située une partie des biens immobiliers de l'absent attribués aux personnes, qui devraient être réputées héritières d'après la loi autrichienne le jour où la sentence déclarative de mort à acquis l'autorité de chose jugée, et que les intéressés, voulant entrer en possession de ces biens en qualité d'héritiers, introduisent une action pour faire la preuve que l'absent était mort avant ou après la sentence déclarative du décès et qu'ils administrent cette preuve.

L'absence devant être régie par le statut personnel, et la succession ainsi que le rang des héritiers devant être réglés, aux termes de la législation italienne, par la loi nationale, le droit de revendiquer la succession devrait également être régi par la loi autrichienne. C'est donc d'après cette loi qu'on devrait juger de l'admissibilité de l'action de la part soit des héritiers de l'absent, soit de la part de l'absent lui-même s'il revenait, à l'encontre des individus auxquels les biens auraient été attribués à la suite de la déclaration de mort.

Le législateur autrichien, dans l'article 278 du Code civil, résout cette question d'une façon toute différente de celle admise par le législateur italien. Ce dernier, excluant complètement l'ouverture de la succession en dehors du cas de la mort naturelle du *de cujus*, et n'admettant pas que la sentence qui constate l'absence puisse être déclarative du décès, dispose que l'absent peut recouvrer ses biens en les reprenant dans l'état où il les trouve, sans que les personnes envoyées en possession définitive de ces mêmes biens puissent lui oppo-

ser la prescription[1]. Au contraire, aux termes de l'article 278 du Code civil autrichien, même si on établit que la personne disparue est morte avant ou après la sentence, ou qu'elle est encore vivante, l'individu qui, en vertu du jugement de déclaration de mort, a été mis en possession d'une chose doit être considéré comme tout autre possesseur de bonne foi. Par conséquent, les personnes qui, pour faire valoir leurs droits à la succession, auraient fait la preuve du décès de l'absent antérieurement ou postérieurement au jugement de déclaration de mort, verraient ces droits éteints dans le cas où les personnes envoyées en possession des biens de l'absent pourraient leur opposer la prescription acquisitive.

Or il faut noter avec soin que, bien qu'en principe, comme nous l'avons dit précédemment, la prescription doive être régie par la *lex rei sitæ*[2], et bien que le législateur italien n'admette pas qu'on puisse opposer à l'absent la prescription acquisitive, néanmoins, comme il s'agit de décider si on doit ou non considérer le droit héréditaire comme prescrit, il faudra se reporter à la loi nationale, et non à la loi territoriale. Il y a lieu en effet de décider si le droit d'intenter la *petitio hæreditatis* doit ou non être admis au profit des intéressés qui ont fait la preuve du décès de l'absent à une époque donnée, et de déterminer si le droit héréditaire attribué d'après la loi nationale déclarative de l'absence devrait ou non être réputé légitimement attribué et acquis.

Or, comme de semblables questions concernent la substance du droit de succession, elles doivent à notre sens être résolues en conformité de la loi qui doit régir la succession, et par conséquent dans le système du Droit italien d'après la loi nationale du *de cujus*.

Cette décision n'est pas contraire au principe que nous avons admis, que la prescription doit être régie par la loi de la situation de la chose; car en réalité dans notre espèce on ne

[1] Art. 26 et 36 C. civ. italien.
[2] Voir supra. T. II, nos 89 et suiv.

reconnaîtrait pas l'autorité de la loi étrangère en tant qu'elle règle la prescription acquisitive, mais en tant qu'elle régit le droit héréditaire et la prescription extinctive de ce droit. De même que l'action en pétition d'hérédité peut être considérée comme prescrite par suite de l'expiration du délai imparti pour accepter la succession, et qu'on doit décider d'après la loi régulatrice de la succession quand l'action peut être considérée comme admissible, de même on doit décider d'après les mêmes principes quand l'action sera ou non recevable de la part des héritiers de l'absent et de la part de l'absent lui-même.

La loi territoriale devrait, d'après les principes généraux, s'appliquer seulement pour dire si on peut considérer la prescription acquisitive comme accomplie. Par conséquent, dans notre hypothèse, la loi italienne devrait être appliquée pour décider si on pourrait ou non considérer la prescription comme acquise eu égard aux règles posées par le législateur italien pour l'accomplissement de la prescription de la part du possesseur de bonne foi, et par conséquent, pour ce qui concerne le temps nécessaire et pour les causes et circonstances interruptives. Mais on devrait admettre l'autorité du statut personnel à l'égard du droit personnel qui appartient à l'individu qui, à la suite de la déclaration de mort, a été par application de la loi autrichienne déclaré héritier d'un Autrichien absent et qui, ayant demandé et obtenu la possession des biens en cette qualité, peut fonder sur la législation qui doit régler ses rapports avec l'absent, le droit qui lui appartient d'être considéré comme possesseur de bonne foi.

Nous soutenons en outre que le statut personnel doit également exercer son autorité à l'égard des exceptions, dont le possesseur peut se prévaloir dans ses rapports avec l'absent, et cela par application des principes relatifs à la loi qui doit régir le droit de succession et la substance de ce droit.

1377. — Maintenant nous allons examiner la question des présomptions de survie.

C'est un principe général que la personne qui se prévaut d'un droit dérivant d'un fait est tenue de faire la preuve de ce fait. Par conséquent, comme la survie est la condition préalable indispensable pour invoquer le droit de succession, la survie de l'héritier au *de cujus* doit être établie. La difficulté en cette matière résulte de la mort de plusieurs personnes dans le même accident, tel qu'incendie, naufrage ou tremblement de terre.

Les législations des divers Etats présentent des divergences au sujet de la solution de cette question. Quelques-unes ont disposé par voie de présomption. Il en est ainsi dans le Code civil français (art. 720 et 721), dans la législation belge et dans les autres Codes calqués sur le Code français.

D'autres législateurs, tenant compte de ce que les présomptions de survie fondées sur la différence d'âge ou de sexe manquent de base sérieuse, et que de toute façon elles sont contraires au principe général de Droit que nous avons indiqué plus haut, ont disposé qu'en l'absence de preuve contraire, les personnes mortes dans le même événement doivent être présumées toutes décédées en même temps. C'est ainsi qu'a notamment décidé le législateur italien dans l'article 924 du Code civil, en écartant les précédents des Codes antérieurs [1].

Le même principe est consacré dans le Code autrichien (art. 26), dans les Codes prussien, saxon, dans celui tout récent de l'Empire d'Allemagne et dans la législation en vigueur en Russie, sauf pour la Pologne, où se trouve encore en vigueur le système des présomptions établi d'après le Code civil français[2].

Cette diversité de systèmes législatifs peut donner naissance à une difficulté sur le point de savoir si la succession doit

[1] Codes : des Deux Siciles, art. 641, 645; de Parme, art. 866, 868; de Modène, art, 939; Charles Albert (Sardaigne), art. 964, 966.

[2] Voir Lehr, *Eléments de Droit civil russe*, p. 449.

être réputée ouverte en faveur de tel ou tel des individus morts dans le même événement[1].

Dans le système où en principe la succession doit être régie par la loi nationale, lorsque les personnes mortes par suite du même événement et appelées respectivement à hériter l'une de l'autre sont citoyens du même Etat, on devrait, à notre sens, appliquer les présomptions relatives à la priorité de la mort établie par leur loi personnelle.

Les règles, établies par le législateur national à l'égard des circonstances de fait dont dérivent les droits des personnes soumises à son autorité et au sujet des présomptions relatives à ces mêmes circonstances en ce qui concerne la transmission du Droit héréditaire, doivent être considérées comme dans le domaine du statut personnel. On ne saurait dès lors contester le droit pour les intéressés d'invoquer l'application de leur loi nationale en cette matière, puisqu'il n'existe aucune raison d'intérêt général faisant obstacle à l'autorité de cette loi pour régler les droits successifs de ces étrangers.

Il en serait autrement quand les individus morts dans le même sinistre appartiendraient à des Etats différents régis par des règles législatives non uniformes en matière de survie. Tel serait le cas où, d'après la loi nationale de l'un, il serait réputé survivant et par conséquent avoir succédé à l'autre, tandis que d'après la loi nationale de l'autre, on devrait admettre la présomption contraire, ou bien l'on devrait exclure toute présomption de survie.

Le juge investi du pouvoir de résoudre cette difficulté ne peut juger que par application des principes généraux du droit, suivant lesquels les présomptions de survie basées sur l'âge et sur le sexe ne sont pas justifiables. Comme, d'autre part, on ne peut pas considérer comme mieux fondées les présomptions formulées dans la loi nationale de l'un ou de l'autre des commourants, on devra observer le principe

[1] Compar. Ch. Antoine, cit. § 73, Despagnet, *Dr. internat. privé*, § 365: Rolin, cit., § 734 ; Weiss, *Droit intern. privé*, p. 692, 2e édition.

général, d'après lequel la personne qui invoque un fait pour en déduire certaines conséquences juridiques en sa faveur, doit en faire la preuve, et qu'en l'absence de tout élément de preuve en faveur de l'une ou l'autre des parties pour établir la mort, il faut admettre la présomption la plus raisonnable, qui consiste à décider que tous les individus sont morts en même temps et que dès lors aucun n'a pu transmettre sa succession à un autre des commourants. Ceci admis, il en résulte logiquement que si, par exemple, A et B sont morts par suite du même accident, toute présomption de succession étant exclue, la succession de A devra être régie par sa loi nationale, qui déterminera le rang des héritiers et la mesure des droits successifs, et qu'il devra en être de même de la succession de B.

Les mêmes principes généraux du Droit s'imposeront au juge pour résoudre certaines difficultés qui pourraient surgir dans notre hypothèse. En supposant, par exemple, que d'après la loi nationale de A le rang des héritiers soit subordonné à la condition que le *de cujus* soit mort sans enfants, et que A et B son fils soient morts dans le même naufrage, et qu'on ne puisse pas établir la mort antérieure du père, comme le juge ne pourrait pas induire ce prédécès des présomptions légales, il devrait, conformément aux principes généraux du Droit[1], décider que la condition ne s'est pas réalisée.

1378. — Pour ce qui concerne la substance du droit de succession, il faut en principe se reporter à la loi qui doit régir la succession du défunt. Ainsi, c'est d'après cette loi qu'on décidera si, dans la succession universelle, l'héritier représente et continue la personne du défunt. La divergence des législations à cet égard a pour résultat, suivant qu'on admet l'application en cette matière de telle ou telle loi, de faire qu'ou bien l'héritier est substitué au défunt pour exer-

[1] Compar. Le 17, § 7, Dig. XXVI, 1.

cer tous ses droits et pour exécuter toutes ses obligations, de telle façon que ces droits et ces obligations ne subissent aucune modification par suite de la substitution d'une personne à l'autre, ou que la mort a pour effet d'éteindre tout droit personnel, que par suite la personnalité du défunt est complètement éteinte, et que, le patrimoine réel et effectif, c'est-à-dire l'ensemble des choses ou des biens, subsiste seul, et que, par le fait de la dévolution de ce patrimoine à l'héritier, celui-ci est le continuateur exclusivement de la personnalité patrimoniale et économique du *de cujus*. En entendant la succession dans ce deuxième système législatif, on peut admettre que la personne, à laquelle le patrimoine du défunt est dévolu en totalité ou en partie, ne peut être réputée tenue que de l'accomplissement des obligations qui résultent des rapports actifs et passifs avec le patrimoine qui lui a été dévolu.

Ce que nous avons dit plus haut au sujet de la théorie de la succession, d'après le Droit italien d'une part et d'après le Droit de la Turquie d'autre part, peut servir à faire nettement comprendre l'idée que nous énonçons[1].

Toutes les fois qu'il y a lieu de déterminer les rapports qui dérivent la succession à l'égard de l'héritier, comme la nature du droit de succession dépend de la façon de comprendre la dévolution de la succession elle même et du fait qu'on admet ou non que l'hérédité est la *successio in universum jus quod*

[1] Voir *Supra*, § 1302.

La façon distincte de comprendre les choses dépend de la conception différente du patrimoine, qui est l'objet de la transmission héréditaire. Les droits patrimoniaux d'une personne transmissibles à ses héritiers peuvent comprendre juridiquement non seulement les droits réels, mais aussi les obligations du défunt comme un tout juridique, droits et obligations qui, pris dans leur ensemble en tant qu'*universitas*, constituent son patrimoine. Dans un sens plus restreint, par l'expression *droits patrimoniaux* on peut indiquer seulement les droits réels et les droits de créance appartenant à une personne, en entendant par patrimoine le patrimoine net, déduction faite des dettes.

Compar. Windscheid, *Droit des Pandectes*, t. I, § 42, p. 180, traduction italienne de Fadda et les notes du traducteur.

defunctus habuit[1], il est naturel qu'on doive s'inspirer de la théorie admise dans la législation qui doit régir le droit héréditaire lui-même, pour fixer la nature et le caractère des relations héréditaires. En effet les conséquences de la législation italienne sont bien différentes de celles des législations étrangères. Le législateur italien admet que dans la succession *causa mortis* le patrimoine du défunt passe, en tant qu'*universitas juris* ou en tant que *res incorporalis*, à l'héritier qui est le continuateur de la personne du défunt. Il admet par conséquent, que pour la totalité des rapports actifs et passifs il y a une substitution immédiate d'un sujet à l'autre. Telles ne sont certainement pas les conséquences du système législatif qui est basé sur une conception différente[2]. La façon différente de comprendre le caractère substantiel du droit de succession influe sur la détermination du point de savoir comment et quand, ainsi que nous le dirons par la suite, s'acquiert le caractère d'héritier. Actuellement nous répéterons, qu'à notre sens, tout ce qui concerne la substance et la nature caractéristique du droit de succession devant dépendre de la loi qui doit régir la succession elle-même, il faut en principe se reporter à la loi régulatrice de la succession toutes les fois qu'il s'agit de décider une question relative au fond du droit héréditaire.

1379. — Même pour préciser la nature des droits qui dérivent de la succession, il faut admettre en principe qu'on doit appliquer la loi régulatrice de cette même succession.

[1] L. 24. Dig. *de verbor, signif.* 50, 16.

[2] D'après les principes admis d'après la législation italienne, dans la succession universelle les rapports patrimoniaux du défunt, obligations, droits, actif, passif, passent *ipso jure* à l'héritier, et par conséquent la succession opère de plein droit la substitution d'une personne à une autre. Il est dès lors naturel que tous les droits et toutes les obligations soient transmis à l'héritier. En effet seuls cessent d'exister les droits et les obligations tout-à-fait personnels, ceux qui doivent être considérés comme si strictement liés à l'existence de la personne, qu'ils s'éteignent avec elle. Tels sont, par exemple, la location d'ouvrage, la société, le mandat et le droit aux aliments (Compar. art. 146, 1642, 1729, 1757, C. civil italien).

Dans le droit moderne on admet généralement qu'on peut être appelé à la succession, soit en vertu de la loi, soit en vertu du testament. La loi détermine le rang des héritiers en s'inspirant surtout de certaines raisons d'intérêt social, qui imposent à chacun l'obligation de remplir son devoir à l'égard des personnes auxquelles il est uni par les rapports de famille, et attribue à quelques-unes de ces personnes un droit sur le patrimoine du défunt indépendamment de sa volonté. Ces personnes sont les héritiers légitimes ou nécessaires, auxquels la loi attribue une partie de la succession qui constitue la réserve, c'est-à dire la part qui est assurée par la loi elle-même, indépendamment de la volonté du défunt, sur son patrimoine. A l'égard des autres héritiers, la loi règle la dévolution de la succession en l'absence de testament. Néanmoins toutes les législations n'admettent pas une doctrine uniforme pour déterminer la nature du droit des héritiers.

Dans le système consacré par le législateur italien, le successeur est réputé héritier, aussi bien lorsqu'il est appelé à la succession en vertu de la loi, que lorsqu'il y est appelé par testament. D'après le Code civil français au contraire, les successeurs réguliers sont réputés héritiers ; mais il n'en est pas de même des successeurs irréguliers, et on admet en outre les légataires à titre universel et à titre particulier. Il est nécessaire de tenir compte de ces distinctions, pour déterminer la nature du droit héréditaire d'après la loi qui doit régir la succession.

En Droit italien, on a discuté et on discute encore la question relative à la nature du droit du conjoint survivant lorsqu'il se trouve en concours avec les enfants légitimes[1].

[1] D'après la loi italienne le conjoint peut être héritier en propriété dans le seul cas où il n'existe pas d'enfants légitimes (art 754 C. civil.) Quand il concourt avec les enfants légitimes, il a droit seulement à l'usufruit d'une part héréditaire égale à celle de chaque enfant, en comptant pour déterminer cette part le conjoint pour un enfant. Ce droit d'usufruit, dans certaines proportions déterminées par la loi, est accordé au conjoint survivant même dans la succession testamentaire (art. 812, 814). Les héritiers ayant la faculté de lotir le conjoint au moyen d'une rente viagère ou de l'attribu-

L'opinion qui prévaut est qu'il ne peut pas être considéré comme l'héritier du conjoint prédécédé, mais que son droit héréditaire a cependant le caractère du droit réel et que, tant qu'il n'a pas été loti d'après le vœu de la loi, le droit qui lui appartient constitue une charge de la succession et non une créance à l'encontre des héritiers[1]. Ce n'est pas le cas de discuter ici cette question : nous noterons seulement qu'il faut toujours se reporter à la loi régulatrice de la succession, non seulement pour déterminer quels sont les droits du conjoint survivant, mais également pour définir la nature et le caractère substantiel de ses droits héréditaires[2]. On devra résoudre d'après le même principe toute question relative à la nature et au caractère des droits dérivant de la succession, qui sont attribués par la loi à tel ou tel des héritiers.

1380. — Nous ferons toutefois remarquer, qu'aux termes des lois de certains pays, le droit de succession a, d'une façon générale, la nature et le caractère de droit réel. Il en est ainsi d'après le Code civil autrichien, art. 308 et 532. La nature du droit à cet égard ne peut pas être basée sur la loi régulatrice de la succession en ce qui concerne les biens du défunt qui se trouvent en pays étranger. En effet la question qui consiste à admettre ou non la succession comme *jus in re*, en attribuant à l'héritier, en cette qualité, un droit de propriété sur le patrimoine qui lui est transmis par le défunt, ne peut pas dépendre de la loi étrangère, par suite des raisons que nous avons exposées plus haut. On ne peut donc pas invoquer la

tion des fruits de biens meubles ou de revenus de capitaux héréditaires à déterminer d'accord ou par voie judiciaire (art. 819), les juristes ont soutenu que le droit du conjoint en usufruit ne lui attribue pas la qualité d'héritier, mais constitue un pur droit de créance.

[1] Cour de Cassation de Rome, 31 août 1893, Poli-Fagotti, *Legge*, XXXIII, 2,469, Comp. Cass. de Naples 17 février 1891, *Diritto et giurisprudenza*, 7, 346. D'après le Code des Deux Siciles, le Droit héréditaire du conjoint était réputé un droit de condominium.

Voir Cass. de Naples, 10 février 1882, Criscuolo, *La Legge*, 1882, p. 662.

[2] Compar. Tribunal de Corbeil 4 août 1897, *Journal de droit internat. privé* 1898, p. 558.

loi régulatrice de la succession, pour fonder sur elle le droit réel de propriété sur les choses qui constituent la succession, en prétendant que le droit de succession a, d'après cette loi, la nature et le caractère de *jus in re*.

CHAPITRE VI

DE LA DÉLATION ET DE L'ACQUISITION DE LA SUCCESSION.

1381. Il convient de distinguer la délation et l'acquisition de la succession. — 1382. Les deux systèmes sur l'acquisition: 1° L'*aditio* et 2° *le mort saisit le vif*. — 1383. Le caractère substantiel de la *saisine héréditaire*. — 1384. Le Code italien. — 1385. De l'autorité de la loi relative à l'acquisition de l'hérédité. Théorie de Laurent. Notre opinion. — 1386. Détermination de la question de l'acquisition. — 1387. Conséquences qui dérivent de l'acquisition *ipso jure*. — 1388. Fixation de la loi qui doit régir la translation des droits de succession. — 1389. Application des principes aux cas controversés. — 1390. Détermination de la *lex rei sitæ*. — 1391. Application de la distinction entre l'acquisition de la succession comme *universitas juris* et celle des choses particulières qui constituent l'hérédité. — 1392. Autorité du statut personnel et du statut réel dans les contestations relatives à la possession des biens héréditaires. — 1393. Comment les règles diffèrent dans le système *tot territoria quot hæreditates*.

1381. Il faut nettement distinguer la question de la délation de celle de l'acquisition de la succession, pour déterminer les rapports de chacune de ces deux questions avec la loi qui doit la régir. Il faut en outre distinguer d'une part l'aquisition de tout ce qui constitue la succession considérée comme une *universitas juris*, laquelle comme telle est un ensemble indivis, un tout ou une unité juridique, une chose qui résulte bien des parties qui la constituent, mais qui est néanmoins distincte des différents éléments qui la composent, et distinguer d'autre part l'acquisition de ce qui est considéré comme une partie constitutive de la succession. On doit également tenir compte du fait légal et de l'acte manifestant la volonté de la partie intéressée, fait et

acte, qui peuvent être considérés d'après la loi locale comme indispensables pour rendre effective l'acquisition des biens héréditaires pour conférer au titulaire tous les droits, qui peuvent être les conséquences de la propriété.

Ces distinctions sont essentielles pour la détermination du champ d'action de la loi qui doit régir les droits de succession, si on admet que la succession considérée comme une *universitas juris* doit être soumise à l'autorité d'une loi unique, et pour la fixation du champ d'action de la *lex rei sitæ*, c'est-à-dire de celle du pays où se trouvent individuellement les choses dont l'ensemble constitue la succession.

1382. — D'après le Droit Romain, la délation de la succession était la conséquence de l'ouverture de celle-ci : elle n'avait pas pour effet l'acquisition du droit héréditaire, elle attribuait seulement le droit d'*adire hereditatem. Delata hereditas intelligitur, quam quis possit adeundo consequi*[1]. La délation n'était donc pas l'acquisition : *dicitur etiam delata, etiam si non posset adiri, id est etiam si ejus adeundæ non sit capax.* L'acquisition de la succession dérivait, soit de l'acceptation expresse *aditio*, soit de l'acceptation tacite, *pro herede gestio.* Toutefois, à l'égard d'une certaine catégorie d'héritiers, les *sui*, l'acquisition de la succession s'effectuait en vertu de la délation seule[2].

Quand le droit prétorien prévalut, on admit le système de la *bonorum possessio*, et la succession s'acquit à la suite de l'intervention du magistrat, auprès duquel l'héritier devait se pourvoir pour être envoyé en possession.

Au moyen âge, on considéra comme indispensable pour l'acquisition des biens héréditaires la tradition accomplie avec des formalités solennelles. L'investiture devait naturellement être considérée comme nécessaire dans les temps féodaux où le seigneur était regardé comme le seul propriétaire des

[1] L. 151. *Dig.*, *De verb. signif.*, 50, 16.

[2] Il faut du reste dire que même en Droit Romain l'*aditio* avait un effet rétroactif. L. 193, Dig., *De reg. juris*, 50, 17.

biens situés sur le territoire de sa seigneurerie, et où on admettait qu'à la suite de la mort du vassal les biens qui avaient été concédés par le suzerain lui retournaient, d'où la nécessité d'une nouvelle concession de sa part[1].

Postérieurement, abstraction faite de la discussion historique sur les origines de cette innovation, prévalut le principe que la personne qui venait à décéder devait être réputée comme ayant en mourant transmis tous les biens à son plus proche parent appelé à hériter d'elle, et que par conséquent on devait écarter toute intervention de l'autorité publique pour investir l'héritier de la possession des biens qui lui étaient transmis. De là la maxime *le mort saisit le vif*. Ce fut peut-être bien par l'effet de l'idée de co-propriété de famille, *condominium*, qu'on exclut ainsi la formalité de la tradition. Ce fut peut-être aussi pour empêcher toute interruption dans la représentation légale du patrimoine appartenant au *de cujus*. Il est certain que dans le Droit germanique, dans certains statuts italiens, et surtout dans le Droit coutumier français, on trouve admise la maxime, *mortuus facit possessorem vivum sine ulla apprehensione*[2].

Les deux systèmes ont été admis par les législateurs contemporains. Les uns ont adopté la théorie du Droit romain. Elle a été consacrée notamment dans le Code saxon de 1863, § 2250, d'après lequel la succession déférée est acquise au

[1] Compar. Pothier, *Introduction au titre des fiefs*, n° 38 et suiv., et *Traité des cens*, ch. I, sect. III, § 5.

[2] Compar. Simonet, *Histoire et théorie de la saisine héréditaire* ; Demolombe, *Traité des successions*, t. I, § 125 et suiv. ; Filomusi, V *Successione* dans le *Digesto italiano*, n° 30 et suiv. et *Leçons à l'Université de Rome*.

Filomusi rapporte cette traduction latine du principe français *Le mort saisit le vif*, laquelle est due à Tiraqueau (f. 1559), qui la rattache au décret ducal milanais de 1432. En effet le premier passage du traité de Tiraqueau sur cette maxime est le suivant : *Id utique est, quod decretum mediolanense..... dicit possessionem defuncti ipso jure transire et continuari in heredem, sine ulla apprehensione*. Tiraquelli, *Le mort saisit le vif*, *Præf.*, *Declaratio I*. Ce décret milanais constitue le ch. III du livre III des *Constitutiones dominii Mediolanensis* du 27 août 1561. Le titre en est *De continuanda possessione defuncti*.

moyen de l'adition et la possession des choses héréditaires ne peut être acquise aux héritiers sans appréhension, § 2288. Elle l'a été aussi dans le Code autrichien, d'après lequel l'adjudication de la succession, en d'autres termes l'envoi en possession légale est requise (art. 797), personne ne pouvant de sa propre autorité prendre possession de l'hérédité. D'autres législateurs au contraire ont consacré le principe que le mort saisit le vif, et ont admis que l'acquisition de l'hérédité a lieu de plein droit à la suite de l'ouverture de la succesion, et que la possession des choses héréditaires passe du défunt à l'héritier sans qu'il soit besoin d'appréhension.

Ainsi le Code prussien dispose : « § 367. — Aussitôt que « l'auteur de la succession est mort, l'hérédité est dévolue « à celui qui est appelé par une déclaration valable de cet « auteur, ou en l'absence de celle-ci, par les dispositions de « la loi », et § 368 : « Il acquiert la propriété de l'hérédité, et « avec elle tous les droits et obligations connexes, sans qu'il « soit besoin de prise de possession ». Le Code de l'Empire d'Allemagne dispose aussi (art 1942), que l'hérédité passe à l'héritier appelé, sans préjudice du droit d'y renoncer.

Le Code français consacre aussi le même principe dans l'article 724, en disposant que la translation des biens du défunt à la suite de son décès a lieu de plein droit à l'égard des seuls héritiers légitimes et que dès lors la succession est acquise par les héritiers légitimes en vertu de la mort du *de cujus*[1].

1383. — Il est à noter qu'il existe des divergences aussi bien dans la doctrine que dans la législation, sur le fond du droit de saisine héréditaire. On est divisé en effet sur le point de dire si la transmission de la succession, qui a lieu *ipso jure* dans le système basé sur la maxime, *le mort saisit le vif*,

[1] Compar. Duranton, *Dr. civil*, t. VI, n° 54 et suiv. ; Toullier, t. III, n°s 892 90 ; Chabot, *sur l'art. 724* n° 10 ; Zachariæ et Aubry et Rau, t. IV, p. 238 ; Demolombe. *Traité des successions*, t. I, n° 120 et suiv. ; Laurent, *Droit civil*, t. IX, p. 257.

comprend la transmission non seulement de la propriété, mais aussi de la possession.

D'après le Code civil français, la possession des biens du défunt passe de plein droit seulement aux héritiers légitimes et aux légataires universels, qui ne se trouvent pas en concours avec des héritiers réservataires (art. 724, 1006). En ce qui concerne les successions irrégulières, les légataires particuliers et à titre universel, les légataires universels en concours avec des héritiers à réserve, la possession n'est acquise qu'en vertu d'une ordonnance de justice. Au contraire, en ce qui concerne la propriété, l'acquisition en a lieu à l'égard de tous les successeurs à un titre quelconque de l'héritier par le fait de sa mort. Il est vrai toutefois que, comme personne n'est tenu d'accepter la succession qui lui est déférée, et qu'on peut dès lors y renoncer, l'acquisition de l'hérédité est subordonnée à la condition de l'acceptation, qui lorsqu'elle se réalise a un effet rétroactif (art. 775,777)[1].

Il n'y a plus lieu pour nous d'examiner d'une façon ap-

[1] Cette restriction dans l'application du principe atténue notablement la différence substantielle, qui existe entre le système français et cèlui du Droit romain. Dans le système français la personne qui renonce à la succession est considérée comme n'y ayant jamais été appelée, elle est cependant héritière à son insu et représente en tout le défunt au moment de la mort, sauf le droit d'exclure toutes les conséquences résultant de la qualité d'héritier au moyen de la renonciation, laquelle renonciation, ne pouvant se présumer, par là même implique toutes les conséquences de la représentation, même lorsque la succession peut être considérée comme acceptée tacitement. Dans le système romain l'adition est nécessaire pour acquérir les biens héréditaires en vertu de la succession *causa mortis*; il lui est cependant attribué un effet rétroactif, de telle sorte qu'après l'adition l'héritier était considéré comme ayant succédé au défunt depuis le moment de la mort. Pour conclure, d'après la théorie du droit romain, la condition juridique d'héritier ne devenait réelle qu'au moyen de l'adition; mais même, d'après la doctrine du Code français, on peut dire qu'elle ne devient effective qu'à la suite de l'acceptation expresse ou tacite. Toute la différence dès lors consiste en ce que dans le système romain on admet l'idée de l'hérédité jacente jusqu'à l'adition, tandis que dans la théorie française cette idée est exclue, la succession étant acquise au moment du décès sous la condition résolutoire de renonciation. Il n'y a dès lors aucune interruption, pas plus dans la représentation du défunt que dans l'acquisition des biens héréditaires.

profondie quelles sont les conséquences qui peuvent résulter de la façon différente de comprendre le fond du droit de la saisine héréditaire ainsi que des dispositions législatives qui le concernent. Ce que nous venons de dire à cet égard, suffit pour faire comprendre qu'il faut tenir compte, non seulement de la diversité substantielle des deux systèmes, mais encore des divergences qui existent dans les législations qui admettent la saisine héréditaire, pour déterminer la situation de l'héritier à l'égard de la succession, toutes les fois qu'il s'agit de difficultés relatives à la transmission, soit de l'hérédité, soit de la possession de cette même hérédité.

1384. — Le Code civil italien consacre également, dans l'article 925, le principe que la possession de la succession passe de plein droit à l'héritier, et bien qu'on ait agité aussi en Italie la question de savoir si dans notre Code se trouve consacré le principe de la transmission de plein droit de la possession et de la propriété, ou seulement celui de la transmission de la possession seule[1], il est hors de doute que les héritiers légitime et testamentaire acquièrent la succession *ipso jure*. Du reste l'opinion la mieux fondée nous semble celle d'après laquelle, non seulement la possession, mais encore la propriété des choses héréditaires passe de plein droit du défunt à l'héritier.

La diversité des systèmes législatifs donne naturellement naissance à la question du savoir quelle est la loi qui doit exercer son autorité à l'égard de la transmission et de l'acquisition de l'hérédité. Il faut en effet rechercher si cette autorité doit être attribuée à la loi qui doit régir la succession et les droits héréditaires, ou à la loi de la situation des biens que l'héritier entend acquérir en vertu de la succession *causa mortis*.

Laurent en discutant cette question observe que tout se réduit à rechercher si la loi qui concerne la transmission de l'hérédité et la saisine héréditaire a le caractère du statut réel ou du statut personnel. Il dit que la réalité appliquée à

[1] Voir Filomusi, *Introduzione alle successioni* dans le *Digesto italiano*, V° *Successione*; n° 35 et suiv. et les auteurs cités par lui.

ce qui concerne la saisine est un amas de contradictions, et il admet la doctrine, qu'il considère comme contraire à l'opinion généralement reçue, que la loi qui régit la transmission et l'acquisition de la propriété de la succession et celle qui règle la transmission de la possession ont le caractère du statut personnel [1].

Ce même auteur, examinant l'opinion que nous avions soutenue dans notre volume sur le droit international privé en 1869 [2], nous attribue une théorie qui ne résulte nullement du texte de notre ouvrage. Nous avions admis que la délation de l'hérédité doit être régie par la loi personnelle du *de cujus*, et dans les pages qui vise Laurent, nous avions soutenu que, pour l'acquisition réelle et effective de la succession, l'application de la *lex rei sitæ* peut être admise.

Les exemples que nous avions pris pour indiquer la distinction entre la loi régulatrice de la délation de l'hérédité, que nous prétendions et que nous prétendons encore devoir être régie par le statut personnel, et entre la loi régulatrice de l'acquisition réelle et effective des biens qui composent la succession, pour laquelle seule nous admettions l'autorité de la *lex rei sitæ*, précisaient cependant bien notre doctrine. En effet nous écrivions à la page 127 : « Ainsi, par exemple, une « telle distinction est nécessaire pour décider si l'héritier « appelé peut exercer les actions possessoires, avant d'être en « fait entré en possession des choses héréditaires ; si dans le « cas de plusieurs personnes appelées à la même hérédité et « investies d'une façon indivisible, chacune d'elles peut re- « vendiquer la succession toute entière, comme lui étant défé- « rée conjointement avec les autres ; si l'héritier peut être « immédiatement assigné par les créanciers de la succession, « et s'il peut exercer toutes les actions pour faire valoir ses « propres droits de succession. »

[1] *Droit civil international*, t. VI, §§ 345, 354, 356.

[2] Il se trouve encore dans le commerce tel qu'il fut imprimé en 1869, parce que l'édition imprimée alors a été stéréotypée. La traduction française qui en a été faite par l'éminent jurisconsulte Pradier-Fodéré a été exécutée sur l'édition stéréotypée.

En considérant l'acquisition de l'hérédité à ce point de vue il nous semblait que, pour indiquer si cette acquisition pouvait être considérée comme réelle et effective et pour dire si l'héritier pouvait exercer les droits précisés par des exemples, on devait tenir compte de la *lex rei sitæ* et décider d'après cette loi si on devrait ou non admettre l'acquisition réelle des biens héréditaires de la part de celui, qui entendrait exercer les actions réelles fondées sur le droit de succession.

Etudiant de nouveau avec plus de maturité d'esprit cette question, il nous paraît indispensable de bien déterminer avant tout le point de vue d'après lequel on doit l'envisager. Il ne nous semble pas en effet qu'on puisse attribuer une autorité absolue à la loi personnelle, par le motif que le rapport contesté se trouve dans le domaine du statut personnel, ni qu'on doive admettre l'autorité de la loi territoriale, pour le motif que la question rentrerait dans le domaine du statut réel. Il faut avant tout distinguer ce qui concerne la transmission de l'hérédité et ce qui concerne l'acquisition de la propriété de cette même hérédité, toutes les fois qu'il y a lieu de fixer la loi d'après laquelle on doit décider quand l'une ou l'autre chose peut être considérée comme légalement accomplie à l'égard de la personne, qui en vertu de l'ouverture de la succession peut se prévaloir de la qualité juridique de successeur *causa mortis*.

1385. — Nous avons déjà dit que les lois des différents pays ne sont pas uniformes pour régler l'acquisition de l'hérédité. Quelques-unes en effet disposent que la délation de la succession a lieu au moment du décès du *de cujus*, et que la transmission et l'acquisition de la possession se produisent *ipso jure*, mais que l'acquisition de cette même succession en ce qui concerne à proprement parler le droit de propriété n'a pas lieu de plein droit, mais en vertu de l'acceptation ou de l'*adition*.

Or la question qui peut surgir au sujet de la loi qui doit régir l'acquisition de l'hérédité a un caractère et une nature

variables, suivant qu'il s'agit de décider si l'héritier au moment de la mort du *de cujus* a acquis de plein droit le caractère d'héritier, ou s'il a acquis en même temps la propriété de la succession avec tous les droits et actions appartenant au défunt, et qui doivent être réputés lui être transmis de plein droit comme conséquences de la continuation du droit de propriété.

La question peut en outre présenter un autre caractère, s'il s'agit de déterminer les conséquences juridiques qui peuvent résulter de l'acquisition de l'hérédité, en tant que cette acquisition implique ou non la jouissance et l'exercice de l'ensemble des droits, qui doivent être considérés comme compris dans celui de propriétés avec toutes les garanties légales destinées à le rendre réel et effectif et avec la faculté d'exercer les actions propres à le protéger.

1386. — Il faut dire avant tout que la question de l'acquisition de l'hérédité a un caractère différent, suivant qu'il s'agit d'étudier l'acquisition de la propriété des biens de la succession dans leur ensemble, c'est-à-dire de la succession considérée comme une *universitas juris,* ou d'étudier l'acquisition de chacune des choses qui constituent la succession et qui peuvent se trouver situées dans des pays régis par des lois, qui n'édictent pas les mêmes règles en ce qui concerne la façon d'acquérir la propriété par succession.

Les mêmes distinctions, à notre sens, doivent être faites lorsqu'il il y a lieu de déterminer la loi qui doit regir la transmission de la possession ou la saisine héréditaire.

1387. — Il faut dire avant tout que les conséquences qui dérivent du principe admis d'après certaines lois, que la propriété et la possession de la succession passent de plein droit aux héritiers du défunt depuis l'instant où la succession s'est ouverte, sont les suivantes:

(*a*) Acquisition immédiate par l'héritier de la propriété et de tous les droits appartenant au défunt *a die mortis*, et cela

même si l'héritier est mineur ou interdit, et même s'il ignore l'ouverture de la succession à laquelle il est appelé ;

(*b*) Acquisition non subordonnée à l'acceptation de la part de l'héritier; car l'acceptation a pour effet de manifester expressément ou tacitement son intention d'exercer le droit héréditaire déjà acquis, de même que la renonciation ne ferait qu'exprimer son intention de ne pas faire usage de ce même droit, pour se libérer ainsi de l'obligation de continuer la personne du défunt;

(*c*) Transmission de l'hérédité, qui lui est dévolue et qu'il a acquise, à ses propres héritiers et successeurs, même lorsqu'il ne l'a pas acceptée, puisque l'héritier qui a survécu un seul instant au défunt, ayant acquis *ipso jure* sa succession, la transmet à ses propres héritiers et leur transmet également le droit d'accepter cette succession ou d'y renoncer;

(*d*) Représentation immédiate du *de cujus* par l'héritier, d'où il résulte qu'il peut être cité en justice par les créanciers de la succession pour l'accomplissement des obligations personnelles du défunt, sauf le droit qu'il a de renoncer ou de délibérer s'il veut accepter sous bénéfice d'inventaire;

(*e*) Rang des héritiers d'après la loi à l'égard de ceux qui sont appelés à la succession.

Il résulte en outre de ces principes, les conséquences suivantes:

(*a*) Quand plusieurs personnes se trouvent simultanément appelées à une même succession, elles doivent jusqu'au partage être réputées investies d'une façon indivisible du même droit, soit en ce qui concerne l'acquisition de la succession, soit en ce qui concerne la possession des choses héréditaires. Par conséquent chaque héritier, soit qu'il soit appelé isolément, soit qu'il le soit conjointement avec d'autres, peut revendiquer la totalité de la succession à l'encontre d'un tiers;

(*b*) Droit d'exercer les actions possessoires;

(*c*) Acquisition *ipso jure* de la possession des choses qui constituent l'hérédité, sans nécessité d'aucun acte d'appréhension ou d'aucun fait ayant pour but la prise de possession des choses héréditaires.

1388.— Ceci posé, nous disons que le transfert et l'acquisition de l'hérédité, d'après le système législatif où on considère la succession comme une *universitas juris* et comme régie par la loi personnelle du *de cujus*, doivent en principe être réglés par cette même loi.

Etant en effet donnée la théorie essentiellement juridique, d'après laquelle le droit de succession consiste dans la transmission du patrimoine du défunt aux personnes expressément désignées par lui (succession testamentaire) ou appelées légalement (succession *ab intestat*), le patrimoine est une entité juridique, qu'on ne saurait localiser en aucun lieu déterminé, et tout se rattache à la personne du défunt. On doit en déduire que la loi qui doit régir le droit qui appartient à la personne de transmettre son patrimoine, doit également régler la façon dont cette transmission peut être opérée et la façon dont les héritiers peuvent acquérir la succession, en s'inspirant constamment du principe qu'elle est toujours déférée en tant *qu'universitas juris*.

Nous ne croyons pouvoir mieux faire pour expliquer notre pensée, que de transcrire ce que nous avons déjà écrit précédemment sur cette matière dans un autre ouvrage :

« Dans la succession pour cause de mort, disions-nous, « on peut distinguer *in abstracto* deux éléments: c'est-à- « dire le droit de succédcr au défunt et d'acquérir son patri- « moine ou la partie de ce patrimoine attribuée à titre de « succession, et la réalisation de ce droit qui consiste dans « l'acquisition des biens héréditaires, c'est-à-dire dans le « fait de faire entrer dans son propre patrimoine les choses « qui appartenaient d'abord au défunt. Ces deux éléments « sont aussi partie intégrante d'une même conception juridi- « que, et ne peuvent être régis que par la même loi person- « nelle du *de cujus*, laquelle d'après nous devrait être celle de « l'Etat auquel il appartient.

« Si on admettait que le droit d'hériter devait être régi « par la loi personnelle et l'acquisition de la succession par « la loi territoriale, on arriverait ainsi à fractionner une

« idée indivisible, celle de la succession *causa mortis*, « laquelle de la part du défunt consiste dans le droit de trans- « mettre la succession, et de la part de l'héritier dans le droit « de l'acquérir; on arriverait en d'autres termes à admettre « que le droit pur doit être régi par une loi et l'acquisi- « tion effective du droit par une autre, ce qui n'est pas ad- « missible.

« Dans tous les systèmes de lois, l'héritier acquiert le droit « de succéder au moment de la mort du *de cujus*. La diffé- « rence entre les législations des divers pays consiste uni- « quement en ce que, d'après certaines d'entre elles, l'héri- « tier acquiert au même moment et sans autre formalité, « même la propriété des choses qui composent la succession; « tandis que d'après les autres, il l'acquiert à une époque « différente de celle de la mort, c'est-à-dire à celle où il ac- « complit l'acte que la loi déclare nécessaire pour l'acquisi- « tion de l'hérédité. Jusqu'à ce moment l'hérédité est jacente. « Le premier système repose sur la conception du droit fran- « çais, *le mort saisit le vif*; le second a pour base la concep- « tion du Droit romain de l'adition de l'hérédité.

« Or pour nous il est clair que, puisque le fait de considé- « rer ou non l'héritier comme investi de la succession par le « défunt lui-même dépend du fait d'admettre ou non qu'il « représente ce défunt, et qu'au moment du décès il acquiert « de plein droit et sans besoin d'aucune appréhension ce qui « appartenait à ce dernier, non seulement pour décider si « l'héritier possède immédiatement la qualité de représentant « du défunt et celle d'héritier, mais aussi pour dire si les « choses qui composent la succession doivent ou non être re- « gardées comme étant entrées dans son patrimoine, si on « doit considérer comme réalisé le passage dans ce même « patrimoine des créances et des dettes du *de cujus*, et en cas « d'existence de co-héritiers si on doit considérer la commu- « nauté comme réalisée entre eux *ipso facto*, tant au point de « vue de l'actif qu'à celui du passif de la succession, tout doit « dépendre de la loi qui doit régir la succession et des prin-

« cipes consacrés par cette loi à l'égard de la transmission et « de l'acquisition de l'hérédité. Par conséquent si, d'après « cette loi, l'héritier est considéré comme immédiatement « investi de l'acquisition de l'hérédité par le défunt lui-même, « la succession doit être considérée comme acquise de plein « droit ; si au contraire, aux termes de cette loi, l'hérédité « doit être considérée comme jacente jusqu'au moment de « l'adition de la part de l'héritier appelé à la recueillir, l'adi- « tion doit être regardée comme nécessaire[1]. »

1389. — Toutefois les principes ainsi exposés ne peuvent trouver leur application que si on admet comme règle de droit international privé, que la succession doit être considérée comme une *universitas juris* et qu'elle doit être régie par la loi personnelle du défunt. Etant donné ce système, il nous semble naturel de soutenir que toutes les difficultés qui peuvent naître à propos de la saisine héréditaire, c'est-à-dire de l'acquisition de l'hérédité et de la dévolution de la possession du défunt à ses héritiers, ainsi que toutes les questions, qui sont connexes avec la représentation effectuée ou non *ipso jure*, doivent être résolues d'après la loi qui doit régir la succession et les droits qui en résultent. Il devrait en être ainsi, par exemple, dans le système italien. Notre législateur ayant admis que la succession doit être régie par la loi nationale du défunt, il est naturel que, lorsqu'il s'agit de la succession d'un Français, on doive appliquer le Code français pour décider quels sont les héritiers à l'égard desquels se réalise *ipso jure* l'acquisition de la propriété et de la possession des biens héréditaires, et quels sont les héritiers à l'égard desquels, tout en devant admettre l'acquisition immédiate des biens de la succession, on ne peut pas également admettre la transmission de plein droit de la posses-

[1] P. Fiore, *Delle disposizioni generali sulla pubblicazione applicazione ed interpretazione delle leggi (secondo il codice italiano)*, t. II, § 762, p. 333-334. Naples, Marghieri édit., 1887.

sion des biens héréditaires, s'ils sont tenus d'après leur loi nationale de la demander aux héritiers légitimes, comme cela a lieu par exemple en ce qui concerne les successeurs irréguliers et le légataire universel en dehors du cas de l'article 1006 du Code civil français.

Pour la même raison, le principe consacré par le législateur italien dans l'article 925 du Code civil, que la possession du droit à l'égard de tous les héritiers, sauf le cas prévu à l'article 927, ne peut avoir pour résultat de modifier les dispositions différentes du Code civil français, parce que la règle de l'article 925 concerne les seules successions italiennes et ne peut pas s'étendre aux successions étrangères.

De même on doit appliquer la loi nationale du défunt, pour résoudre toute difficulté concernant l'acceptation ou la renonciation, dans les rapports de l'acceptation ou de la renonciation avec l'acquisition de plein droit de succession au moment de la mort du *de cujus*, et pour décider si la transmission de plein droit doit être considérée comme subordonnée à la condition de l'acceptation, ou si elle a le caractère de condition suspensive ou de condition résolutoire.

Il existe des divergences à cet égard dans les différentes législations. Dans le système de la *Common Law*, la transmission des biens héréditaires s'opère de plein droit; mais l'héritier appelé à succéder n'a pas la faculté de renoncer à la succession, il est nécessairement héritier. Celà résulte de ce que d'après le Droit anglais, ainsi que nous l'avons dit plus haut, il n'y a pas une continuité de personnalité proprement dite: celle de l'héritier demeure distincte de celle du défunt, il n'est tenu de payer les dettes du *de cujus* que jusqu'à concurrence de l'actif des biens recueillis par lui. Il n'a dès lors aucun intérêt à renoncer à la succession.

Au contraire, dans le système du Droit français, il n'y a pas d'héritiers contrairement à leur volonté[1]. Celui qui est

[1] La maxime du Droit coutumier était : « Il n'est héritier qui ne veut ». Voir Delacombe, *sur la Coutume d'Orléans*.

appelé à la succession peut l'accepter ou y renoncer. L'article 775 du Code civil français le dit expressément: « Nul n'est « tenu d'accepter une succession qui lui est échue », et l'ar- « ticle 785 dit: « L'héritier qui renonce est censé n'avoir « jamais été héritier. » Il faut dès lors tenir compte de l'idée dont s'inspire chaque système de lois pour déterminer la situation juridique de la personne qui est qualifiée héritier.

Il n'y a pas lieu d'entrer ici dans les détails de la question: il doit suffire d'affirmer le principe, qu'étant donné que la succession doit être régie par la loi personnelle, on doit reconnaître l'autorité de cette même loi pour tout ce qui concerne la transmission et l'acquisition de la succession, ainsi que pour la solution des difficultés qui se rapportent à la transmission de la succession et à la possession des choses héréditaires, eu égard à la position juridique des héritiers entre eux et à la continuation et à la représentation de la personne du défunt.

1390. Maintenant nous allons essayer de démontrer que, même étant donné que d'après la meilleure théorie en matière de succession on doit reconnaître que la loi personnelle doit régir l'acquisition de l'hérédité, on doit néanmoins à certains égards admettre l'autorité de la *lex rei sitæ*.

Disons d'abord que, lorsqu'aux termes de la loi du pays où se trouvent les biens de la succession, certaines formalités légales sont requises pour en rendre l'acquisition valable et lui attribuer une force juridique absolue à l'égard des tiers, il faut incontestablement observer toutes ces formalités, bien que l'acquisition de plein droit de la propriété et de la posession conformément à la loi étrangère régulatrice de la succession ne soit pas contestée en principe. Il en serait ainsi, par exemple, lorsque la loi territoriale déclarerait obligatoire la transcription des acquisitions à titre de mort ou l'inscription sur les livres fonciers.

La loi de la situation doit aussi exercer son autorité à l'égard de la possession, quand il s'agit de décider si on peut

ou non lui attribuer le caractère de possession légitime de nature à motiver l'exercice des actions possessoires, telles que la complainte ou l'*interdictum recuperandæ possessionis*. Etant donné, par exemple que, même en admettant le principe de la saisine héréditaire aux termes de la *lex rei sitæ*, la jurisprudence décide que l'héritier ne peut être considéré comme étant en possession des biens du défunt qu'à la suite de l'acceptation, on devrait se conformer à cette interprétation de la *lex rei sitæ*, quand il s'agirait de dire si l'héritier pourrait ou non exercer les actions possessoires[1].

On devrait décider de même, toutes les fois qu'on voudrait se prévaloir de l'acquisition de plein droit de la succession, pour légitimer à l'égard des tiers l'exercice des droits réels, c'est-à-dire de ceux compris dans le droit de propriété, en ce qui concerne les choses transmises par le défunt.

Supposons, qu'aux termes de la loi du lieu de la situation, l'acquisition effective de la propriété dépende de l'acceptation. Elle devrait être considérée comme suspendue en ce qui concerne tous ses effets juridiques jusqu'au moment de l'acceptation même si, d'après la loi étrangère qui régirait la succession, l'acquisition de l'hérédité était réputée opérée de plein droit au moment du décès du *de cujus*. Cependant, si dans cette hypothèse la question surgissait entre les cohéritiers, à l'exclusion des tiers qui n'auraient aucun intérêt dans l'affaire, et s'il y avait lieu, par exemple, de décider si on devrait ou non considérer cette acquisition comme réalisée de la part de l'héritier au moment de la mort du *de cujus* et avant toute

[1] D'après la loi italienne, aux termes de l'article 925 du Code civil, on doit admettre que l'héritier au moment même de l'ouverture de la succession acquiert la possession légitime, et peut exercer les actions possessoires, c'est-à-dire celles de complainte et de réintégrande. Cet article en effet est ainsi conçu : « Si un autre qui prétend avoir des droits sur les « biens de la succession en prend possession, les héritiers sont considérés « comme dépouillés en fait et peuvent exercer toutes les actions qui appar- « tiennent aux possesseurs légitimes. » Cette règle ne pourrait cependant pas être applicable aux biens héréditaires d'un Italien situés dans un pays étranger où serait en vigueur une règle législative contraire.

acceptation de sa part, nous sommes d'avis qu'on pourrait résoudre la question d'après la loi nationale du *de cujus* étranger, pour dire que la propriété des biens de la succession aurait pu être transmise indépendamment de l'acceptation. En effet aucune raison d'intérêt social ne motiverait une décision contraire par application de la loi de la situation des biens de la succession. En réalité il s'agirait de déterminer le droit héréditaire, la transmission du patrimoine du défunt et le rang des héritiers. Or, d'après le système législatif qui fait régir par la loi nationale du *de cujus* le fond du droit de succession et le rang des héritiers à l'égard de tous les biens héréditaires quelle qu'en soit la nature et la situation, il nous paraît juridique de reconnaître l'autorité de cette loi, même en ce qui concerne l'acquisition de l'hérédité dans les rapports des héritiers entre eux.

Il en serait tout autrement si les tiers étaient intéressés dans l'affaire, car la loi en vigueur dans chaque pays doit déterminer les modes d'acquisition de la propriété et des autres droits réels, parce qu'il s'agit là de l'organisation du droit de propriété. On devrait donc, toutes les fois que les tiers auraient un intérêt relativement à la question de l'acquisition des biens de la succession, la résoudre d'après la *lex rei sitæ*, même si cette loi, contrairement à la loi nationale du défunt, disposait que l'héritier ne pourrait pas être considéré comme possesseur des biens héréditaires avant l'acceptation.

1391. — Il résulte clairement de ce que nous venons de dire que, dans toutes les questions relatives à la transmission et à l'acquisition de la succession, on doit toujours nettement distinguer ce qui concerne la propriété des biens héréditaires de ce qui concerne la possession de ces mêmes biens Il en résulte en outre clairement, qu'à l'égard de l'acquisition de la succession de la part de l'héritier, qui veut faire découler son droit à la propriété des biens héréditaires de sa qualité d'héritier, il faut distinguer l'acquisition de l'héré-

dité en tant qu'unité juridique, de l'acquisition de chacune des choses prises individuellement qui constituent la succession. Au premier point de vue, étant donné le caractère d'unité de la succession comme *universitas*, on peut soutenir que, puisque le patrimoine de toute personne vivante a le caractère d'*universitas* en tant qu'il est transmis et passe aux héritiers du *de cujus*, on doit admettre que, comme il est acquis en entier et dans son ensemble au moment où le décès se produit, la loi qui doit en régir la transmission doit aussi en régler l'acquisition et déterminer comment et quand l'acquisition du patrimoine en tant qu'unité juridique doit être considérée comme réalisée.

Envisagée au second point de vue, l'acquisition des choses héréditaires prises individuellement peut être subordonnée aux dispositions de la loi du lieu où elles sont situées. On peut admettre en principe à l'égard de ces choses, que l'acquisition en vertu du droit de succession doit être considérée comme opérée de plein droit au moment de la mort et que la loi en vertu de laquelle s'est réalisée l'acquisition doit être envisagée par elle-même comme le titre et la cause propres à rendre l'acquisition légale et valable. Si toutefois, d'après la loi du lieu où les choses se trouvent situées, l'acte de manifestation de la volonté de l'homme était nécessaire comme modalité ou fait de nature consommer l'acquisition réelle et objective, on ne pourrait pas exclure l'autorité de la loi territoriale en tant qu'elle règle l'acquisition objective des choses qui constituent la succession.

1392. — On doit toujours partir des mêmes distinctions toutes les fois qu'on veut résoudre des questions relatives à la possession, comme celle de savoir si la possession des biens de la succession doit ou non être considérée comme transmise de plein droit suivant la loi régulisatrice de la succession. Il faut en effet nettement déterminer de quelle possession il s'agit, et se rappeler qu'elle a des caractères profondément distincts en tant que possession de la succes-

sion, et en tant que possession réelle et effective pouvant servir de base aux actions possessoires. A l'égard de la possession envisagée au premier point de vue, on peut admettre l'autorité de la loi régulisatrice de la succession et décider si cette loi dispose que la possession est transmise *ipso jure* par le défunt à l'héritier, elle doit être considérée comme transmise ainsi. Toutefois nous n'entendons dire cela que de la possession entendue d'après la théorie du Droit du Moyen-Age, c'est-à-dire qu'en tant qu'il s'agit de la *civilissima possessio* de Baldo [1]; car nous nous ne pensons pas qu'il doive en être ainsi en ce qui concerne la possession vraie et réelle.

Supposons que la loi régulatrice de la succession dispose que même la possession réelle et effective est transmise par le défunt à l'héritier *ipso jure*, et qu'on doive la considérer comme acquise par l'héritier sans appréhension, et comme de nature à servir de base aux actions possessoires, (ainsi que, par exemple, l'admet le législateur italien dans l'article 926 du Code civil), tandis qu'au contraire la loi du pays, où se trouvent situés les biens de la succession, dispose que l'*apprehentio* est indispensable de la part de l'héritier pour donner à la possession qu'il a acquise en sa qualité de successeur *causa mortis* le caractère de possession réelle. D'après nous, on pourrait dans ce cas se prévaloir de la loi étrangère, pour soutenir que la possession, en tant que *civilissina possessio*, devrait être considérée comme transmise de plein droit à l'héritier, mais on ne pourrait pas l'invoquer pour soutenir que la possession, en tant *possessio realis*, devrait être considérée comme transférée *de jure* sans appréhension, contrairement aux dispositions formelles de la *lex rei sitæ*.

De même, pour résoudre les questions qui peuvent surgir au sujet de la possession de fait des biens héréditaires, soit entre les personnes auxquelles appartient la possession de droit, soit entre le possesseur de fait et l'héritier, il y a lieu

[1] Le cardinal De Luca l'appelle *ficta possessio*, *Theatrum veritatis*, lib. IX, p. 11, *De herede et heredidate*. — Voir Filomusi, dans le *Digesto italiano*, V° *Successione*, p. 406 du tome XXII, note 3.

d'appliquer la *lex rei sitæ*. Ainsi c'est d'après cette loi qu'on devrait dire quand la possession de fait devrait être considérée comme réalisée et qu'on devrait déterminer les conséquences juridiques qui peuvent en résulter, notamment le droit de faire siens les fruits de la chose possédée.

Qu'on suppose, par exemple, qu'un légataire se trouve à un titre quelconque en possession de la chose qui fait l'objet du legs et qu'il existe entre la loi régulatrice de la succession et la loi du lieu où la chose possédée est située une différence sur le point de savoir si ce légataire doit ou non être considéré comme un véritable possesseur à l'égard de la jouissance des droits et spécialement du droit de recueillir les fruits. A notre sens, on pourrait alors soutenir que, même en admettant que la possession du droit devrait être attribuée à l'héritier d'après la loi régulatrice de la succession, quand cette loi lui attribuerait l'exercice de tous les droits et privilèges appartenant au véritable possesseur et spécialement le droit de recueillir les fruits et les intérêts de la chose léguée jusqu'au jour de la demande en délivrance par lui de cette chose, néanmoins on pourrait, disons-nous, soutenir que, par suite de la circonstance que la possession comme état de fait aurait été réalisée sous l'empire de la loi territoriale, elle devrait être, en tant qu'acte juridique, régie par cette même loi au point de vue des conséquences juridiques pouvant en résulter comme telle.

Il y a d'autres cas dans lesquels la loi territoriale peut-être appliquée même aux successions régies par la loi étrangère, en tant que cette loi détermine les conséquences de l'acquisition de la succession et de la possession dans l'intérêt des tiers. Il peut en être ainsi notamment à l'égard des questions où l'héritier apparent se trouve intéressé, ou de celles qui peuvent se référer à certains faits juridiques, lesquels d'après la loi territoriale peuvent constituer une acceptation, ou de celles qui ont trait aux conséquences des actes conservatoires de la part des héritiers légitimes qui n'ont pas pris le titre ou la qualité d'héritier.

1393. — Les principes que nous avons exposés au sujet de la loi qui doit régir la délation et l'acquisition des biens héréditaires ne peuvent être admis que si on accepte la théorie, d'après laquelle on attribue à la loi régulatrice de la succession et des droits héréditaires le caractère de statut personnel. On devrait en effet aboutir à des décisions opposées, en prenant pour point de départ le système basé sur la maxime *tot hæreditates quot territoria.*

C'est qu'en effet quand on considère l'autorité de la loi territoriale comme absolue à l'égard de toute la succession ou bien de la succession immobilière, tous les droits héréditaires doivent être régis uniquement par cette loi, qui doit aussi servir seule à résoudre les questions relatives à l'acquisition et à la prise de possession des biens héréditaires.

CHAPITRE VII

DE LA VALIDITÉ DES PACTES RELATIFS AUX SUCCESSIONS.

1394. Dispositions du Droit positif à l'égard des pactes relatifs aux successions. — 1395. Opinion des auteurs à l'égard de la valeur juridique de ces conventions dans les Etats étrangers. — 1396. Notre opinion. — 1397. Si l'efficacité des pactes relatifs aux successions peut être reconnue en Italie pour des raisons d'ordre public. — 1398. Principes admis par la jurisprudence. — 1399. Valeur du pacte relatif à une succession conclu à l'étranger par un Italien.

1394. — D'après les législations de certains pays, la succession peut résulter non seulement du testament ou de la loi, qui sont considérés généralement comme la cause dont elle dérive, mais peut dépendre aussi de la convention conclue pour la régler.

Les dispositions du droit positif qui régissent cette matière ne sont pas uniformes. Négligeant celles du Droit Romain[1] et du Droit du Moyen-Age[2], et nous limitant à certains Codes modernes, nous noterons qu'il disposent d'une façon différente en ce qui concerne la valeur juridique de cette sorte de convention.

Le législateur italien, modifiant radicalement toutes les législations en vigueur en Italie, qui d'une façon générale,

[1] En ce qui concerne cette matière en Droit Romain, voir Fadda. *Concetti fondamentali del Diritto ereditario romano*, 1re partie, § 237 et suiv. et Wincheid, *Pandectes*, t. III, § 529.

[2] Voir Ciccaglione, *Successione* (*Diritto intermedio*) dans le *Digesto italiano*, § IV, n° 78 et suiv. ; § VI, nos 199-206. — Pour la France, en ce qui concerne le Droit coutumier, voir Merlin, *Répertoire*, V° *Renonciation à la succession future.*

sauf certains tempéraments, interdisaient les pactes sur les successions futures, a déclaré nulle, non seulement les conventions relatives à la dévolution de l'hérédité, mais a interdit toute espèce de convention relative à la succession, et a prohibé les institutions contractuelles permises d'après certains des Codes italiens préexistants[1]. En effet, dans les articles 954, 1092, 1118, 1460, se trouve expressément consacrée la règle, que toute sorte de convention et de pacte ayant pour objet la succession d'une personne vivante doit être réputée nulle et de nul effet.

Ce sont des raisons d'ordre public et d'intérêt social qui ont motivé cette interdiction absolue, non seulement de la délation conventionnelle de la succession, mais de toute sorte d'institutions contractuelles. D'une part notre législateur a considéré comme immorale et contraire à l'ordre public, la convention basée sur l'espoir de la mort de celui auquel de par cette convention on devrait succéder, et d'autre part comme contraire à la nature des choses la limitation du droit du propriétaire de disposer librement de ses biens jusqu'au moment de son décès. De plus les institutions contractuelles, comme l'a noté Pisanelli, rapporteur de la commission, ont été interdites parce qu'elles rendaient la propriété incertaine, diminuaient le crédit immobilier et pouvaient en outre altérer l'économie du régime des hypothèques et de la transcription.

Le législateur français interdit aussi d'une façon générale les pactes relatifs aux successions, qu'ils aient pour objet l'acquisition de la succession ou la renonciation à la succession[2]. Il admet toutefois la validité de certaines conventions spéciales, qui ont le caractère de pactes sur les successions. Telles sont notamment les institutions contractuelles prévues aux articles 1082, 1083 et 1094.

[1] Certains jurisconsultes italiens veulent voir un pacte relatif à la succession dans la convention concernant l'émolument de la dot en faveur du conjoint survivant stipulée par contrat de mariage. Voir Filomusi-Guelfi, *Diritto ereditario*, Rome 1900, p. 102.

[2] Compar. les art. 791, 1130, 1389 et 1600, C. civ. français.

Les institutions contractuelles sont permises par la loi française en vue du mariage; elles peuvent être stipulées dans le contrat de mariage et avoir pour objet tout ou partie des biens qui composeront l'hérédité de l'instituant de façon, qu'ainsi que le dit Zacchariæ, elles ont le caractère d'une donation qui a pour objet la succession du donateur. L'institution contractuelle est irrévocable, en ce sens que le disposant ne peut plus de faire ultérieurement de dispositions à titre gratuit que dans des limites très restreintes[1].

Un vrai cas de stipulation sur la succession future se trouve prévu par l'article 761 du Code civil français, qui interdit aux enfants naturels toute réclamation sur les biens de leurs parents, quand ils ont reçu de leurs père ou mère vivants la moitié de ce qui leur est attribué par la loi avec déclaration expresse desdits père ou mère de réduire la part de leur enfant naturel au montant de ce qu'ils lui ont donné.

Toutefois ce droit de stipuler en ce cas spécial sur la succession future a été aboli par la loi du 25 mars 1896, qui a abrogé l'article 761.

Dans les législations germaniques, nous trouvons au contraire, conformément à la tradition[2], reconnu en principe la validité des pactes relatifs à la succession. Après les Codes Prussien et Saxon, le Code de l'Empire d'Allemagne réglemente ces conventions dans un chapitre spécial (§§ 2274, 2302).

De même, dans le Code Autrichien, le pacte relatif aux successions est reconnu, mais seulement entre époux (art. 602).

1395. — Etant données ces divergences des lois sur la matière dont nous nous occupons ici, se pose naturellement la question de savoir quelle est la valeur des pactes relatifs aux successions devant les tribunaux soit de l'Etat étranger où la succession s'est ouverte, soit du pays sur le territoire

[1] Zacchariæ, *Droit civil français*, § 739.
[2] Voir Ciccaglione, *Loc. cit.*

duquel sont situés les biens sur lesquels on veut exercer le droit successif conféré par ces pactes.

Les auteurs qui ont étudié cette question commencent généralement par rechercher si la loi qui interdit les pactes relatifs aux successions a ou non le caractère de statut réel[1]. Les uns, se basant sur les raisons qui ont motivé la prohibition de ces pactes, soutiennent sans hésiter que les dispositions les concernant ont le caractère de statut réel[2].

Brocher[3] se place au point de vue du Droit français et, considérant que les dispositions qui formulent l'interdiction de ces conventions sont d'ordre public, conclut que ces pactes ne peuvent avoir aucune valeur auprès des magistrats français. Toutefois il est à noter que Brocher prend pour base de sa décision l'élément prépondérant dans le rapport conventionnel[4] : en réalité il ne nous paraît pas exprimer une opinion nettement déterminée.

De même Laurent prend pour base de sa discussion les principes qui doivent servir à régler la valeur juridique des des conventions : il admet l'autorité du statut personnel pour déterminer l'efficacité des pactes relatifs aux successions. Il dit en effet que d'après le Code civil français on ne saurait soutenir l'immoralité absolue de telles conventions, puisque le législateur les autorise dans le contrat de mariage, qui est un contrat moral par excellence[5].

Rolin affirme que les pactes relatifs aux successions appartiennent plutôt à la matière des conventions qu'à celle des successions[6]. Telle est aussi l'opinion du professeur Pierantoni[7].

Filomusi-Guelfi s'exprime ainsi : « Le point préliminaire

[1] Voir Laurent, *Droit civ. internat.*, t. VI, § 299.
[2] Despagnet, *Précis de Dr. internat. privé*, 3e édit., n° 366.
[3] *Cours de Dr. internat. privé*, t. I, § 132.
[4] Voir surtout p. 421, *loco cit.*
[5] Laurent, *loco cit.*, § 300.
[6] *Principes de Dr. intern. privé*, t. II, n° 747.
[7] Pierantoni, *La rinuncia alla successione nel Diritto internazionale privato* (*Rivista universale di giurisprudenza*), 1896.

« dans le système de notre législation serait de fixer si l'in-
« terdiction de la renonciation à la succession future doit se
« rattacher surtout aux rapports de succession ou aux
« rapports contractuels. Si les pactes de renonciation doivent
« se rattacher au système des rapports de succession, on
« devrait appliquer l'article 8 des dispositions préliminaires
« du Code civil (italien), c'est-à-dire qu'ils devraient être
« réglés par la loi nationale du défunt; mais s'ils doivent se
« rattacher au système des rapports contractuels, l'applica-
« tion de l'article 9 des mêmes dispositions préliminaires
« s'imposerait. Ces conventions pourraient produire des
« effets différents, suivant que les contractants seraient ou
« non citoyens d'un même Etat[1] ».

Ce même auteur, dans ses leçons sur le droit de succession, admet du reste que l'élément qui domine est celui de la succession, et il conclut que, pour fixer la valeur juridique des pactes relatifs aux successions, on doit appliquer la loi qui doit régir la succession.

1396. — Nous avions déjà manifesté notre opinion, en refusant d'admettre qu'on pût appliquer aux pactes relatifs aux successions les principes qui régissent les rapports contractuels, et nous avions admis que leur validité à l'égard de la succession étrangère devrait dépendre de la loi étrangère régulatrice des rapports de famille et de succession[2]. Aussi sommes-nous très heureux de voir Filomusi-Guelfi, soutenir la même doctrine[3].

Pour discuter d'une façon approfondie cette question de la force juridique des pactes relatifs aux successions, il faut avant tout, faire une distinction pour déterminer l'autorité de la loi qui les concerne, suivant que la difficulté est sou-

[1] Filomusi, dans le *Digesto italiano*, V° *Successione*, partie générale, n° 126.

[2] Voir P. Fiore, *Delle dispozioni generali sull' applicazione e interpretazione delle leggi*, t. II, § 739, Naples, 1887, Marghieri, édit.

[3] Filomusi-Guelfi, *Diritto ereditario*, 109.

levée devant le juge d'un Etat où la succession étrangère est soumise à l'autorité de la *lex rei sitæ*, ou bien devant celui d'un Etat où on admet l'autorité de la loi nationale du défunt pour régler sa succession et le droit à la succession considérée comme une universalité juridique.

En principe, on ne saurait contester que la prohibition des pactes relatifs aux successions, qu'ils aient pour but, soit l'acquisition de la succession, soit la renonciation à la succession d'une personne vivante, en tenant compte des raisons qui ont motivé chaque système législatif, doit être considérée comme basée sur des considérations d'ordre public et d'intérêt social[1]. Il est toutefois à remarquer que les systèmes législatifs, où les pactes relatifs à la succession ont été et sont encore admis, reposent aussi sur des raisons d'ordre public; car ils ont pour but d'assurer la meilleure organisation de la famille d'après les idées qui dominent suivant la tradition, ou de favoriser l'existence et le prestige de l'aristocratie, ou de perpétuer le régime économique des biens. Certainement dans un Etat démocratique, où on considère l'inégalité dans la famille comme contraire à la loi naturelle, on peut considérer comme immoral tout pacte relatif à la succession qui a pour but de porter atteinte au principe de l'égalité. Mais cette même convention ne peut pas être considérée comme immorale dans un autre pays, où prévalent des idées et des sentiments tout différents au sujet de l'organisation de la famille et de la conservation du patrimoine de la famille.

Il faut en outre faire remarquer que, bien que le pacte relatif aux successions présente à première vue le caractère

[1] En France la jurisprudence avait d'abord été hésitante sur le caractère de l'interdiction, en admettant que le pacte sur la succession future pouvait être ratifié après l'ouverture de la succession et qu'après qu'il avait été exécuté on ne pouvait plus l'attaquer (Cass. 22 février 1831, Belet c. Couturier, *Journ. du Palais*, 1831, p. 1334). Toutefois plus récemment la Cour de Cassation a considéré ce pacte comme nul de plein droit et comme absolument inexistant, parce que la loi qui l'interdit est d'ordre public (13 mai 1884, de Cosnac, *Journ. du Palais*, 1884, I. 822).

d'un rapport contractuel, cependant, en raison de l'objet auquel il se rapporte, il doit nécessairement être considéré comme strictement connexe au droit héréditaire. En réalité, il établit une cause spéciale de délation de la succession, le contrat. Il nous semble dès lors, qu'étant donné que la transmission du patrimoine *causa mortis* et le droit héréditaire doivent être réglés par la loi, il est clair qu'en principe la législation qui doit régir le droit héréditaire doit aussi déterminer la force juridique des pactes relatifs aux successions. On doit dès lors admettre que, d'après le système basé sur la règle *tot hæreditates quot territoria*, il faut appliquer la loi territoriale pour préciser la valeur juridique du pacte relatif aux successions, non parce que la loi qui concerne ces pactes a le caractère du statut réel, mais parce que la loi qui concerne la succession a une autorité exclusive pour la régir, sans distinguer suivant que le défunt est un national ou un étranger.

Etant donné que d'après cette loi les causes juridiques de l'acquisition de la propriété immobilière par la succession sont le testament et la loi, et que toute sorte de contrat ou de pacte conclu avec une personne vivante pour acquérir un droit sur sa succession au moment de son décès est nul et de nul effet, il en résulte d'une façon évidente, qu'en quelque lieu que la convention ait été conclue et quelque soit la loi à laquelle est soumise la personne qui a stipulé cette convention, la nullité du pacte devra incontestablement être admise, parce que la succession doit être régie par la *lex rei sitæ* et que d'après cette loi le contrat ne peut servir de cause juridique pour motiver l'acquisition du droit héréditaire.

Si on admet notre argumentation, il va de soi que dans le système du Code français on doit refuser toute valeur juridique au pacte relatif aux successions, même conclu entre étrangers à l'égard d'une succession étrangère, si en vertu de ce pacte les parties ont entendu déroger aux dispositions des articles 791, 1130, 1389 et 1600 du Code civil français, qui, en vertu du principe consacré à l'article 3 de ce même Code,

ont autorité pour régler même la succession étrangère relative à des immeubles situés en France[1].

1397. — La question peut sembler plus délicate dans le système admis par le législateur italien et par les législateurs des autres pays où on reconnaît l'autorité de la loi nationale du défunt, pour règler la succession, les droits héréditaires et la mesure des droits successifs. On peut en effet se demander si, étant donné qu'on admet l'autorité de la loi nationale à l'égard de la succession étrangère, on peut limiter l'autorité de cette loi en tant qu'elle reconnaît la validité des pactes relatifs aux successions qui sont expressément interdits par la loi italienne. A cet égard il y a lieu de rechercher avant tout si la reconnaissance de la validité de ces pactes entraîne une dérogation aux lois prohibitives du royaume qui concernent les biens, ou qui intéressent d'une manière quelconque l'ordre public. Il est hors de doute que les articles du Code civil italien qui interdisent les pactes relatifs aux successions ont le caractère de lois prohibitives. Toutefois, étant donnés les principes que nous avons posés plus haut[2], nous sommes d'avis que la prohibition édictée par ces articles concerne la succession italienne et non la succession étrangère. Par conséquent, si un Italien avait conclu un contrat relatif à sa propre succession, peu importerait qu'il eût passé cette convention dans un pays étranger où elle serait licite : le pacte dont s'agit ne pourrait jamais être valable en Italie, parce qu'il dérogerait au principe édicté par l'article 1118 du Code civil, qui défend d'une façon absolue les pactes sur les successions futures.

[1] Ainsi que nous l'avons déjà dit, l'article 3 du Code civil ne s'oppose pas à l'application de la loi nationale à la succession même immobilière de l'étranger. (Voir *suprà*, T. I, p. 142, note 1 bis). Par conséquent, à notre sens, le pacte sur les successions futures contraire au Code français, mais permis par la loi nationale du *de cujus*, devrait être considéré comme licite même en France.

(Note du traducteur C.-A.)

[2] Voir *suprà*, n° 1327 et suivants.

Mais pourrait-on décider de même s'il s'agissait d'une succession étrangère ? Etant donné qu'aux termes de l'article 8 des dispositions générales du Code civil italien, cette succession, le rang des héritiers et la mesure des droits successifs doivent être réglés par la loi nationale du *de cujus*, que cette dernière loi autorise les pactes sur la succession future et que dès lors la convention est valable d'après la loi du disposant de la succession, il ne nous semble pas qu'on en puisse contester la validité de la convention, sous le prétexte qu'autrement on violerait une loi italienne d'ordre public.

Nous n'osons pas contester l'opinion d'après laquelle la disposition de la loi italienne doit être considérée comme motivée par des raisons d'ordre moral; mais nous ne saurions admettre que l'ordre public interne puisse être réputé atteint par le fait que les droits héréditaires relatifs au patrimoine d'un étrânger auraient été acquis en vertu d'un pacte licite et valable d'après la loi qui doit régir la transmission de ce patrimoine et les droits héréditaires. Est-ce que par hasard on pourrait prétendre que la reconnaissance de la validité de tels pactes, ayant un caractère soit acquisitif, soit *renonciatif*, pourrait avoir pour résultat de porter atteinte à l'ordre de la famille italienne et aux principes d'ordre public consacrés par notre législateur pour régler les rapports des membres de cette famille entre eux. Quel intérêt social pourrions-nous avoir à imposer aux étrangers ce que nous considérons comme moral ou comme immoral, pour assurer l'organisation de la famille italienne et la transmission du patrimoine appartenant à un Italien ?

Il est vrai qu'il existe actuellement dans notre législation des règles différentes à l'égard de la valeur des pactes relatifs aux successions; mais il faut dire que dans la législation italienne préexistante les institutions contractuelles relatives au mariage étaient admises dans le Code napolitain[1] dans

[1] Art. 1038-1047.

celui de Sardaigne[1], dans celui de Parme[2] et dans celui de Modène[3].

Depuis la constitution du Royaume d'Italie et la promulgation du Code civil, on a soutenu que les pactes relatifs aux successions conçus sous l'empire des lois antérieures et qui avaient d'après ces lois le caractère d'institutions contractuelles devaient être respectés, parce qu'ils constituaient un droit acquis depuis le moment où avait été conclue la convention d'après la législation alors en vigueur [4]. Ceci donné, comment peut-on soutenir que la reconnaissance de la valeur juridique des pactes relatifs aux successions valablement conclus par les étrangers sous l'empire de leur loi nationale puisse avoir pour résultat de porter atteinte à l'ordre public territorial ?

De là il résulte, d'après nous, que le juge italien, en appliquant les règles de droit international privé consacrées par notre législateur, doit décider la question relative à la validité des pactes relatifs aux successions en conformité de la loi du *de cujus*, et qu'il doit appliquer la loi régulatrice de la succession pour statuer sur la valeur de la renonciation, par laquelle une personne aurait disposé de son droit éventuel de succession, et que la maxime consacrée par l'article 12 des dispositions générales de notre Code civil ne pourrait faire obstacle à cette façon de décider.

Cette théorie, que nous avions ainsi que nous l'avons rappelé précédemment, déjà soutenue dans nos précédents ouvrages, est aujourd'hui admise par la jurisprudence.

1398. — La Cour d'appel de Venise, dans sa sentence du 31 décembre 1894 [5], a décidé que la renonciation à la succes-

[1] Art. 1176-1185.
[2] Art. 1927-1928.
[3] Art. 1914-1915.
[4] Voir F. Fiore, *Delle Disposizioni generali sull' applicazione delle Leggi*, 1re partie, n° 268 et suiv. et *Filomusi-Guelfi*, *Diritto ereditario*, cit. p. 104.
[5] Dans l'affaire Purkaudofer C. Lanza (*Temi Veneta*, 1895, p. 259).

sion future de son père permise aux termes de la loi nationale des contractants, aussi bien que la disposition testamentaire du père conforme à cette renonciation qui exclut la fille de la succession, doit être réputée valable en Italie. De même la Cour de cassation de Florence a déclaré, qu'en reconnaissant en Italie les effets d'un fait juridique relatif aux rapports privés, fait légalement accompli à l'étranger entre des étrangers en conformité de leur loi nationale, on n'aboutit pas à porter atteinte à l'ordre public et aux bonnes mœurs [1].

Dans cette dernière décision nous trouvons admise l'idée, que nous avons déjà développée au sujet de la saine interprétation de l'article 12 des dispositions générales de notre Code civil dans notre note sous la sentence de la Cour d'appel de Milan du 13 octobre 1891 [2]. La Cour de cassation de Florence a admis littéralement ce que nous avions écrit pour expliquer quand l'application des lois étrangères peut avoir pour résultat de déroger aux lois d'ordre public du royaume et quand on peut reconnaître l'autorité des lois étrangères sans porter atteinte aux lois prohibitives du royaume et aux lois d'ordre public [3].

1399. — Nous allons examiner une dernière hypothèse, celle où le pacte relatif aux successions a été valablement consenti entre un disposant étranger (qui stipule au sujet de sa propre succession) et un Italien. Si les juges italiens étaient appelés à se prononcer sur la valeur de cette convention, ils pourraient se demander si, ce pacte étant valable d'après la

[1] Cour de Cassation de Florence, 12 décembre 1895, Lanza C. Purkaudhofer, *Foro italiano*, 1896, I, 142. — Compar. Cour d'appel de Rome, 6 mai 1895, *Temi romana*, 1895, 417; et Cour d'appel de Venise, 10 octobre 1890, *Temi veneta*, 1890, 596.

[2] Voir P. Fiore, note sous l'arrêt de la Cour d'appel de Milan du 13 octobre 1891, *Foro italiano*, 1892, p. 652.

[3] Voir *Foro italiano*, 1892, p. 660.

Comp. t. I. Partie générale §§ 254 et suiv.; P. Fiore, *Sulle Disposizioni generali delle leggi*, t. II, § 489 et suiv. (Naples 1887); Cour de Cassation de Florence 30 décembre 1891, dans l'affaire Gerini, *Monitore dei tribunali* de Milan, 1892, 506.

loi nationale du disposant, qui doit régir sa succession et les droits successifs qui en résultent, ils devraient en reconnaître la validité. A première vue, l'affirmation semblerait admissible pour les motifs que nous avons indiqués précédemment. Nous avons soutenu en effet, que la valeur juridique des pactes relatifs aux successions doit, aussi bien que les droits héréditaires, être régie par la loi régulatrice de la succession, et que, s'agissant d'une succession étrangère, on devrait appliquer la loi étrangère.

Dès lors, si un Italien, en vertu d'un pacte relatif aux successions, était appelé à hériter d'un Allemand, on devrait considérer ce pacte comme valable.

Il nous semble cependant qu'on peut avec plus de raison, soutenir l'opinion contraire. En effet, en vertu de la compétence législative personnelle, le législateur de chaque pays peut soumettre les citoyens de l'Etat à ses lois motivées par des raisons morales[1]. Par conséquent le citoyen est tenu de ne pas réaliser à l'étranger des opérations juridiques, qui, d'après sa loi nationale, sont contraires aux bonnes mœurs.

Par conséquent, nous basant sur ces principes d'un ordre différent, nous soutenons que la loi de chaque pays peut limiter l'autonomie du citoyen qui, tant qu'il conserve sa nationalité, doit être considéré comme soumis à la juridiction personnelle du souverain de l'Etat auquel il appartient. Dès lors, le législateur italien ayant considéré comme immorales les conventions sur la succession d'une personne vivante, le citoyen italien qui a enfreint cette disposition légale ne peut pas prétendre que les tribunaux de son pays reconnaissent la validité d'une convention qui, d'après sa législation nationale, est considérée comme contraire à la morale.

[1] Voir sur l'idée de la juridiction personnelle : Fiore, *Il diritto internazionale codificato*, 3[e] édit., Règles 231 et suiv.

TABLE ANALYTIQUE DES MATIÈRES

DU TROISIÈME VOLUME

LIVRE QUATRIÈME

Droits qui dérivent d'une obligation.

CHAPITRE PREMIER

DU CONTRAT DE MARIAGE.

CHAPITRE V

DU CONTRAT DE MANDAT.

CHAPITRE VI

DE LA TRANSACTION.

CHAPITRE VII

DU PRÊT.

CHAPITRE VIII

DU CONTRAT DE CONSTITUTION DE RENTE.

CHAPITRE IX

DU CONTRAT DE DÉPÔT ET DU SÉQUESTRE.

CHAPITRE X

DU CONTRAT DE GAGE.

CHAPITRE XI

DU CONTRAT D'ANTICHRÈSE.

CHAPITRE XII

DU CONTRAT DE CAUTIONNEMENT.

CHAPITRE XIII

DU CONTRAT DE JEU ET DU PARI.

CHAPITRE XIV

DE LA LOI QUI DOIT RÉGIR LES ENGAGEMENTS QUI SE FORMENT SANS CONVENTION.

§ I. — *De la loi qui doit régir les faits volontaires licites (quasi-contrats).*

§ II. — *Obligations dérivant des délits et des quasi-délits.*

LIVRE CINQUIÈME

DES DROITS DE SUCCESSION.

CHAPITRE PREMIER

DE LA LOI RÉGULATRICE DE LA SUCCESSION D'APRÈS LE DROIT POSITIF DE CERTAINS ÉTATS.

CHAPITRE II

DE LA LOI RÉGULARISATRICE DE LA SUCCESSION D'APRÈS LE DROIT ITALIEN.

CHAPITRE III

DU CONFLIT ENTRE LES RÈGLES ÉTABLIES PAR LES LÉGISLATEURS DE DIFFÉRENTS ÉTATS AU SUJET DE LA LOI RÉGULATRICE DE LA SUCCESSION.

(Question du renvoi).

CHAPITRE IV

DU DOMICILE ET DE LA QUALITÉ DE CITOYEN DANS LEURS RAPPORTS AVEC LA LOI RÉGULATRICE DE LA SUCCESSION.

CHAPITRE V

DE LA LOI QUI DOIT RÉGIR L'OUVERTURE DE LA SUCCESSION AINSI QUE LA SUBSTANCE ET LA NATURE DES DROITS HÉRÉDITAIRES.

CHAPITRE VI

DE LA DÉLATION ET DE L'ACQUISITION DE LA SUCCESSION.

CHAPITRE VII

DE LA VALIDITÉ DES PACTES RELATIFS AUX SUCCESSIONS.

Sens. — Imprimerie MIRIAM, rue de la Bertauche, 1

Guide pratique des Consulats, publié sous les auspices du ministère des affaires étrangères, *5e édition*, par M. DE CLERCQ, consul général de France, 2 vol. in-8 cartonnés........ 30 fr.

Formulaire des Chancelleries diplomatiques et consulaires, suivi du tarif des chancelleries et du texte des principales lois, ordonnances, circulaires et instructions ministérielles relatives aux consulats, *6e édition*, par M. DE CLERCQ, consul de France, 1890-94, 3 vol. in-8 .... 40 fr.

Traité de Droit pénal international et de l'extradition, par M. PASQUALE FIORE, professeur à l'Université de Naples. (Traités d'extradition conclus par la France avec les Etats étrangers). 1880, 2 vol. in-8........................ 16 fr.

Cours de Droit diplomatique, à l'usage des agents du ministère des affaires étrangères, des Etats européens et américains, accompagné des pièces et documents proposés comme exemples des offices divers qui sont du ressort de la diplomatie, par P. PRADIER-FODÉRÉ, *2e édition*, 1899, 2 vol. in-8 cartonnés................ 25 fr.

Nouveau Droit international public, suivant les besoins de la civilisation moderne, par PASQUALE FIORE, *2e édition*, traduite de l'italien et annotée par Ch. Antoine, 1885-86, 3 vol. in-8.. 37 fr. 50

Traité de Droit international européen et américain, suivant les progrès de la science et de la pratique contemporaines, par P. PRADIER-FODÉRÉ, conseiller à la Cour de Lyon, 1885-96, 8 vol. in-8.................................... 100 fr.

Le Droit public international maritime, principes généraux, règles pratiques, par G. TESTA, professeur à l'école navale de Lisbonne. Traduit par Ad. Boutiron, 1889, in-8. 8 fr.

Le Droit des gens ou des nations considérées comme communautés politiques indépendantes, par SIR TRAVERS TWISS, membre de l'Institut de droit international, 1887-89, 2 vol. in-8........ 18 fr.

Le Tribunal international, par M. le comte KAMAROWSKY, professeur à l'Université de Moscou, 1887, 1 vol. in-8. 8 fr.

La Mer territoriale au point de vue théorique et pratique, par J. IMBART DE LATOUR, avocat à la Cour d'appel de Paris, lauréat de l'Académie des sciences morales et politiques, 1889, in-8 .... 8 fr.

Études de Droit international, par E. ROUARD DE CARD, professeur à la Faculté de droit de Toulouse. 1898, 1 vol. in-8.. 5 fr.

De l'exécution des jugements étrangers dans les divers pays. Législation, jurisprudence, procédure, traités diplomatiques, par CH. CONSTANT, avocat à la Cour de Paris, *2e édition*. 1890, 1 vol. in-8.. 5 fr.

Les destinées de l'arbitrage international depuis la sentence rendue par le Tribunal de Genève, par E. ROUARD DE CARD. 1892. 1 vol. in-8.................................. 5 fr.

La Diplomatie française et la Ligue des neutres de 1780, par PAUL FAUCHILLE, directeur de la *Revue générale de droit international public*. Ouvrage couronné par l'Institut de France, 1892. 1893, in-8 .... 10 fr.

La Papauté en Droit international, par J. IMBART DE LATOUR, docteur en droit, avocat à la Cour d'appel de Paris, 1893, in-8.......... 5 fr.

États et Souverains, personnel diplomatique et consulaire ; corps de troupes, navires et équipages ; personnes civiles devant les tribunaux étrangers, par FÉRAUD-GIRAUD, président honoraire à la Cour de cassation, 1895, 2 vol. in-8.......... 18 fr.

Les Traités de Protectorat conclus par la France en Afrique (1870-1895), par E. ROUARD DE CARD. 1897, 1 vol. in-8. 5 fr.

Les Traités entre la France et le Maroc. Étude historique et juridique, par E. ROUARD DE CARD. 1898, 1 vol. in-8.......... 6 fr.

Le Droit de la Guerre maritime, d'après les doctrines anglaises contemporaines, par CH. DUPUIS, professeur à l'Ecole libre des sciences politiques. 1899, 1 vol. in-8.......... 10 fr.

Les Territoires africains et les Conventions franco-anglaises, par E. ROUARD DE CARD. 1901, 1 vol in-8.......... 8 fr.

La Nationalité française, par E. ROUARD DE CARD. 1893, in-12 cartonné.......... 5 fr.

Protection des Nationaux résidant à l'étranger, avec une introduction sur la souveraineté des Etats en droit international, par TCHERNOFF, docteur en droit. 1899, 1 vol. in-8.......... 10 fr.

Relations Internationales. De la correspondance postale et télégraphique dans les relations internationales, par LOUIS ROLLAND, docteur en droit, 1901, 1 vol. in-8.......... 12 fr.

COLLECTION DE CODES ÉTRANGERS

traduits et annotés

Code civil espagnol, 8 fr. — Code pénal italien, 5 fr. — Code de commerce espagnol, 8 fr. — Code de commerce italien, 6 fr. — Code de commerce chilien, 8 fr. — Code de commerce argentin, 8 fr. — Code civil des Grisons, 4 fr. — Code civil portugais, 10 fr. — Code de commerce hongrois, 8 fr. — Code de commerce mexicain, 8 fr. Codes suédois de 1734, 10 fr. — Code de commerce roumain, 8 fr. — Code maritime britannique, 8 fr. Code de la marine marchande italien, 8 fr. — Loi roumaine sur la faillite, 3 fr. — Lois civiles de Malte, 6 fr. — Code civil italien, 10 fr. — Code civil allemand, 10 fr. — Code de commerce russe, 7 fr. — Code de commerce allemand, 8 fr.


Stanford Law Library
3 6105 062 385 252

